Nannerel Fiano

Il fattore “tempo” nella giustizia costituzionale

FrancoAngeli
OPEN ACCESS

SAGGI E RICERCHE

Il presente volume è pubblicato in open access, ossia il file dell'intero lavoro è liberamente scaricabile dalla piattaforma **FrancoAngeli Open Access** (http://bit.ly/francoangeli-oa).

FrancoAngeli Open Access è la piattaforma per pubblicare articoli e monografie, rispettando gli standard etici e qualitativi e la messa a disposizione dei contenuti ad accesso aperto. Oltre a garantire il deposito nei maggiori archivi e repository internazionali OA, la sua integrazione con tutto il ricco catalogo di riviste e collane FrancoAngeli massimizza la visibilità, favorisce facilità di ricerca per l'utente e possibilità di impatto per l'autore.

Per saperne di più:
https://www.francoangeli.it/autori/21

Nannerel Fiano

Il fattore "tempo" nella giustizia costituzionale

Ai miei genitori

Indice

Capitolo II. La *Nichtigkeitslehre* nell'ordinamento tedesco. Origini e sviluppi

Capitolo III. Le *Unvereinbarkeitserklärungen*: un'eccezione alla *Nichtigkeitslehre*

Sezione seconda
La "graduazione" della declaratoria di incostituzionalità. Modulazione degli effetti nel tempo e rinvio al legislatore

Capitolo I. La giurisprudenza temporalmente manipolativa italiana e tedesca (alla luce dell'impatto ordinamentale della declaratoria di incostituzionalità)

Capitolo II. Il rapporto tra Tribunale costituzionale e legislatore nella materia penale

Sezione terza
La gestione del fattore “tempo” e i fatti

Capitolo I. Esperti ed *amici curiae* tra Italia e Germania

Considerazioni conclusive fra prospettive di riforma
del fattore “tempo” e del rapporto tra Corte e legislatore

Ringraziamenti

Questa pubblicazione rappresenta il frutto dello studio avviato durante il Dottorato di ricerca presso il Dipartimento di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano (2016-2019) in regime di cotutela con la Universität Augsburg.

Vorrei ringraziare di cuore, anzitutto, la Professoressa Marilisa D'Amico per avermi sapientemente guidato e indirizzato nella ricerca; la sua competenza scientifica e la sua passione mi hanno stimolato ad approfondire una dimensione della giustizia costituzionale.

A lei va quindi il grazie più sentito, per avermi sostenuto scientificamente in questo viaggio appassionante.

Un particolare grazie va anche al Professor Ferdinand Wollenschläger, che mi ha orientato nella ricerca scientifica durante il mio soggiorno presso la Universität Augsburg.

Un vivo ringraziamento non può non andare anche al Professor Stefano Catalano e alla Professoressa Benedetta Liberali per avermi consigliato nella definizione di alcuni profili di rilievo.

Tengo molto, infine, a ringraziare per il costante supporto la Professoressa Francesca Biondi e i miei colleghi con i quali ho avuto la fortuna di condividere le stanze del Dipartimento di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale: il Professor Giuseppe Arconzo, la Professoressa Irene Pellizzone, la Professoressa Stefania Leone. Un ringraziamento speciale va, infine, alla Dottoressa Costanza Nardocci, alla Dottoressa Cecilia Siccardi, al Dottor Stefano Bissaro, alla Dottoressa Lavinia Del Corona, al Dottor Pietro Villaschi, al Dottor Paolo Gambatesa, alla Dottoressa Chiara Malinverno.

Considerazioni introduttive: un ritorno a Kelsen?

1. Ragioni di uno studio sull'efficacia delle decisioni di incostituzionalità e sulla tecnica dell'incostituzionalità prospettata ma non dichiarata fra Italia e Germania. – 2. Il rapporto fra Corte costituzionale e legislatore. – 3. L'efficacia della declaratoria di incostituzionalità tra norma incostituzionale e certezza del diritto.

1. Ragioni di uno studio sull'efficacia delle decisioni di incostituzionalità e sulla tecnica dell'incostituzionalità prospettata ma non dichiarata fra Italia e Germania

La gestione del tempo da parte della Corte costituzionale, vuoi nella forma della modulazione degli effetti nel tempo, vuoi in quella della tecnica del c.d. rinvio a data fissa, rappresenta una tra le sfide più attuali della giurisprudenza costituzionale in Italia[1].

Alla luce di tale premessa, nel presente lavoro si intende svolgere un'analisi intorno alla gestione degli effetti nel tempo e alla tecnica della c.d. incostituzionalità prospettata.

Lo studio che ci si propone di svolgere non può, però, prescindere dalla considerazione della tecnica decisionale tedesca della *Unvereinbarkeitserklärung*, strumento privilegiato per uno studio sul rapporto tra Tribunale federale tedesco e legislatore nel solco della dilatazione dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità.

1. La dottrina di D'Amico si riferisce alla necessità di offrire nuovi orizzonti praticabili da parte del Giudice costituzionale. Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in (a cura di M. D'Amico, F. Biondi), "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2018, pp. 45-46; si veda anche M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 13.

La tecnica delle *Unvereinbarkeitserklärungen*[2] costituisce uno strumento di modulazione degli effetti nel tempo della declaratoria di incostituzionalità[3] e, al contempo, di rinvio al legislatore.

Più nello specifico, le *Unvereinbarkeitserklärungen* rappresentano un'eccezione all'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità in quanto prevedono, accanto alla declaratoria della "sola" incompatibilità della norma, il contestuale obbligo in capo al legislatore di approvare una disciplina costituzionalmente conforme che potrà essere dotata di un'efficacia *ex tunc* o *ex nunc*[4].

Il rinvio al legislatore viene operato in un contesto di forte gestione degli effetti temporali, poiché, nel caso dell'adozione di una decisione di incompatibilità "pura", al rinvio stabilito dal *Bundesverfassungsgericht* (d'ora in poi *BVerfG*) corrisponde la sospensione del processo *a quo* e dei processi "paralleli", ovvero quelli in cui rileva la medesima questione di legittimità costituzionale e, nel caso dell'adozione di una decisione di incompatibilità contraddistinta dall'ordine di applicazione, in via provvisoria, della norma dichiarata incompatibile, il *vulnus* di legittimità costituzionale continuerà a perpetrarsi ben oltre l'adozione della pronuncia e fino all'intervento legislativo.

Nel contesto della giustizia costituzionale italiana, invece, il governo degli effetti temporali delle pronunce si muove su un piano solo, ben distinto da quello rappresentato dalla tecnica del rinvio al legislatore, di natura intrinsecamente *endoprocessuale*, avendo l'ordinanza di rinvio al legislatore natura interlocutoria[5].

2. In letteratura sembra essersi affermato il principio per cui l'adozione delle *Unvereinbarkeitserklärungen* sarebbe "connaturata" alla giurisprudenza costituzionale del *BVerfG*. Così S. VERSTRAELEN, *The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 9, 2013, p. 1697.

3. Nel caso in cui si volesse ragionare diversamente, non sarebbe facile comprendere come mai, in occasione dell'adozione della sent. n. 10 del 2015, la Corte costituzionale abbia fatto esplicito riferimento, al Cons. in dir. p.to 7, all'ordinamento tedesco: "[d]el resto, la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi".

4. In proposito si veda M. T. RÖRIG., *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza tedesca e austriaca*, Corte costituzionale, Servizio studi, Area di diritto comparato, 2018, p. 26.

5. Sul mantenimento da parte della Corte costituzionale di una "*linea di understatement*" quanto al rispetto delle regole processuali nell'adozione del c.d. schema Cappato cfr. C. PADULA, *A mo' di premessa: realtà e mito nella creatività procedurale della Corte costituzionale*, in (a cura di C. Padula), "Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale"?, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 18.

Pertanto, la Corte costituzionale sembra stia agendo sul fattore "tempo" in modo duplice, adottando una strategia di governo temporale "esterna"[6] alle regole del processo costituzionale ed una "interna" allo stesso.

Quanto alla prima modalità di gestione, la Corte costituzionale interviene sulla disciplina relativa all'efficacia delle sentenze di accoglimento, in questo modo "spacchettando", se non ribaltando, il disposto normativo su cui si fonda la declaratoria di incostituzionalità[7]; nel secondo caso, si limita a dilatare i tempi del processo costituzionale adottando un'ordinanza di natura interlocutoria strumentale alla realizzazione di una forma di raccordo con il Parlamento nell'ottica di una – auspicata[8] – "leale e dialettica collaborazione istituzionale"[9].

La tecnica del rinvio a data fissa, nella sostanza, rappresenta una forma di decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, alla quale, tuttavia, conseguono gli effetti tipici della *Unvereinbarkeitserklärung* (pur non essendovi alcun riferimento, nel dispositivo della sentenza, all'incompatibilità della norma) e del differimento dell'incostituzionalità, vuoi da un lato per la necessità di evitare la formazione di conseguenze eccessivamente impattanti sull'ordinamento giuridico, vuoi, dall'altro, per garantire il rispetto della sfera discrezionale del legislatore.

D'altra parte, l'attuale "doppia" tendenza, che ci si propone di studiare, non deve stupire.

Come ha avuto modo di affermare la già Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia nella Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2019, "il governo degli effetti delle proprie decisioni da parte delle Corti costituzionali, soprattutto *ratione temporis*, e la cooperazione con il legislatore costituiscono due facce della stessa medaglia"; e ancora, a commento della sent. n. 246 del 2019 si afferma che "nello spirito di una piena collaborazione istituzionale e del tutto in conformità con la prassi delle

6. Per un recente contributo sulla giurisprudenza temporalmente manipolativa della Corte costituzionale si veda R. PINARDI, *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2022, pp. 43 ss.

7. Rilevano, come noto, l'art. 136 Cost., l'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948 e l'art. 30, comma 3, della l. n. 87 dell'11 marzo 1953.

8. Su quella che è stata definita "l'indisponibilità di fondo" dal Parlamento a collaborare proficuamente con la Corte costituzionale si veda L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *Federalismi*, 12/2021, pp. 243 ss.

9. Per un recente commento sulla collaborazione tra Corte costituzionale e Parlamento alla luce dell'ordinanza n. 132 del 2020 si veda M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020.

principali Corti costituzionali europee, nel 2019 la Corte ha confermato (sent. n. 246) che, sia pur eccezionalmente, può imporsi una limitazione agli effetti retroattivi delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale"[10].

Come segnalato nella stessa Relazione[11], la tecnica decisionale tedesca della *Unvereinbarkeitserklärung* quale forte forma di raccordo tra Corte costituzionale e Parlamento rappresenta proprio il *trait d'union* delle due tendenze appena illustrate, le quali, peraltro, trovano proprio nella sent. n. 41 del 2021, non a caso molto vicina all'esperienza tedesca nei termini che verranno illustrati nel proseguo, una forma di importante sinergia.

Per tale ragione, uno studio attento dei pregi e dei nodi problematici delle c.d. pronunce di incompatibilità tedesche permette allo studioso della giustizia costituzionale italiana di indagare a fondo la "classica" modulazione degli effetti nel tempo e la tecnica del rinvio al legislatore, non casualmente qualificata dalla dottrina nel senso di una *Unvereinbarkeitserklärung* all'italiana[12].

Più nello specifico, un confronto serrato con la *ratio* delle *Unvereinbarkeitserklärungen* risulta utile non solo al fine di valutarne possibili sbocchi nella giurisprudenza costituzionale italiana, soprattutto nell'ottica di una leale collaborazione istituzionale tra Corte costituzionale e Parlamento, ma anche per analizzare una questione ancora aperta che interessa il Giudice delle leggi sin dall'inizio della propria attività di Custode delle Costituzione.

Come noto, infatti, la questione relativa ai limiti all'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento[13] ha svolto un ruolo non secondario sin dalla giurisprudenza costituzionale degli anni sessanta: in seguito all'adozione della sent. n. 52 del 1965 è emersa una forte tensione tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione penale, poiché quest'ultima aveva inteso attribuire un'efficacia solamente *pro futuro* alle decisioni di accoglimento intervenute in materia processuale penale, così derogando al principio di retroattività. In occasione della nota sent. n. 127 del 1966, il Giudice delle leggi ha sancito la coerenza sistematica tra l'art. 136 Cost. e l'art. 30 della l. n. 87 del 1953, ribadendo in tal modo l'efficacia retroattiva delle proprie

10. Cfr. M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2020, pp. 12-13.

11. Si veda, ancora, M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., p. 13.

12. Così si è espresso D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 2018, pp. 3, 8, vagliandone le criticità.

13. Per un recente studio analitico si veda R. RUSSO, *La modulazione temporale nelle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Aracne, Canterano, 2020, pp. 20-32.

pronunce; con la sent. n. 49 del 1970, invece, è stato posto in essere un significativo *révirement*, avendo stabilito la Corte costituzionale di lasciare "l'ultima parola" ai giudici in punto di determinazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità.

In seguito, il tema dell'efficacia delle sentenze di accoglimento è stato affrontato dalla dottrina in occasione del Seminario tenutosi presso il Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, nel quale furono sviluppate ampie riflessioni intorno alle problematicità della prassi temporalmente manipolativa inaugurata dalle note sentt. nn. 266 del 1988 e 501 del 1988.

La Corte costituzionale ha poi adottato ulteriori (ma limitate) pronunce derogatorie rispetto alla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento, quali la sent. n. 1 del 1991[14] in tema di pensioni nel settore pubblico, la significativa sentenza "meccanismo" n. 243 del 1993 in materia previdenziale, la nota sent. n. 360 del 1996 in tema di reiterazione dei decreti legge non convertiti e la più recente sent. n. 1 del 2014[15].

All'adozione della sent. n. 10 del 2015 hanno fatto seguito le sentt. nn. 178 del 2015 e 188 del 2016.

Ancora, si segnala la sent. n. 246 del 2019 dotata di efficacia meramente *ex nunc*, in occasione della quale la Corte costituzionale ha fatto salvi gli effetti utili dell'azione amministrativa[16], nonché la sent. n. 152 del 2020, contraddistinta, anche in questo caso, da un'efficacia esclusivamente *pro futuro*, così come la peculiare sent. n. 41 del 2021.

14. Commentata da R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 59-60.

15. La dottrina ha espresso alcune criticità in merito agli effetti pratici conseguenti a tale pronuncia. Si vedano P. CARNEVALE, *La Corte vince ma non (sempre) convince*, in *Nomos*, 3/2013, pp. 9-17; G. GUZZETTA, *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale* a una prima lettura, in *www.forumcostituzionale.it*, 14 gennaio 2014. A ben vedere, sembra che la Corte costituzionale, in tale occasione, abbia inteso percorrere una concezione "soggettiva" della giustizia costituzionale; sul punto si rimanda a A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Rivista AIC*, 2/2015, pp. 10-11.

16. A commento della pronuncia si veda M. D'AMICO, *Una "vistosa" motivazione in tema di efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020, pp. 141-144; per un approccio critico alla pronuncia alla luce della sistematizzazione delle pronunce temporalmente manipolative che viene svolta dalla Corte costituzionale in quell'occasione si veda R. PINARDI, *Incostituzionalita "sopravvenuta" vs. manipolazione degli effetti temporali: alcune precisazioni terminologiche concettuali (sent. n. 246/19)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2020.

2. Il rapporto fra Corte costituzionale e legislatore

Tanto chiarito, nelle seguenti considerazioni introduttive si cercherà di verificare se la visione kelseniana del rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento abbia conosciuto o conosca una forma di realizzazione nella giustizia costituzionale italiana e tedesca.

Secondo Kelsen la giustizia costituzionale deve "garantire il rispetto della Costituzione, dei diritti delle minoranze e della ripartizione di competenze all'interno dello Stato federale, senza mettere in discussione la supremazia del Parlamento"[17].

Alla luce di quanto appena riportato, a chi scrive sembra opportuno segnalare un'autorevole tesi, secondo cui tra organi politici e organi di garanzia deve sussistere un importante equilibrio "che entra in crisi quando dall'una o dall'altra parte si manifestano tendenze espansive variamente giustificate, ma sempre dannose sia al sistema politico che a quello delle garanzie"[18].

Tuttavia, nel quadro appena tracciato, la Corte costituzionale deve spingere "al rispetto attivo della costituzione da parte di tutti gli altri organi politici"[19].

In questo senso, sembra possibile richiamare la prassi temporalmente manipolativa tedesca, la quale, come si vedrà, grazie allo strumento delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, muove il legislatore ad intervenire tempestivamente sul *vulnus* di legittimità costituzionale.

Tanto chiarito, il modello kelseniano di giustizia costituzionale si fonda, in primo luogo, sul raccordo tra Corte costituzionale e Parlamento, "presupposto della stessa esistenza di un tribunale costituzionale"[20]: in questo senso, secondo il giurista austriaco[21], la decisione del Tribunale costituzionale "deve avere effetto solo dopo lo spirare di un certo termine decorrente dalla sua pubblicazione, non fosse altro che per dare al Parlamento la possibilità di sostituire la legge incostituzionale con un'altra conforme alla

17. Cfr. E. PALICI DI SUNI, *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2016, p. 17.

18. Così, significativamente, G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, p. 6.

19. Così P. BARILE, *Relazione di sintesi*, in (a cura di G. Silvestri), "La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano" (Atti del Convegno Messina-Taormina, 25, 26 e 27 ottobre 1984), Giuffrè, Milano, 1985, pp. 258 ss.

20. Si riporta quanto affemato da D'Amico, in M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., p. 19.

21. Sul ruolo di Kelsen nell'elaborazione dei progetti della Costituzione austriaca del 1920 si veda G. BONGIOVANNI, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Giuffrè, Milano, 1998.

Costituzione, in modo che la materia regolata dalla legge annullata non resti priva di una disciplina per un tempo relativamente lungo"[22].

Ebbene, con riferimento alla giustizia costituzionale italiana, come è stato attentamente osservato, il raccordo in questione è mancato sin dai primi anni di attività della Corte costituzionale, tanto è vero che quest'ultima ha forgiato, negli anni sessanta, strumenti interpretativi e manipolativi per "fare da sola"[23].

Più di recente è stato affermato, inoltre, che il rapporto con il legislatore rappresenta un problema che "da sempre costituisce un aspetto delicato del sindacato di costituzionalità e che del resto era stato sottolineato da autorevoli esponenti dell'Assemblea Costituente"[24].

Esemplare è il (più attuale) riferimento alla vicenda sottesa alla sent. n. 223 del 2015 in tema di reati contro il patrimonio a danno dei congiunti: in seguito all'adozione di una pronuncia di inammissibilità "vestita", in ragione dell'assenza di rime obbligate, il legislatore è intervenuto sulla disciplina ignorando il monito della Corte e agendo in senso contrario rispetto a quanto stabilito dal Giudice delle leggi, estendendo la fattispecie colpita dall'accertamento dell'illegittimità costituzionale[25].

Non stupisce, quindi, che la Corte costituzionale abbia inventato la tecnica decisionale, del tutto innovativa, dell'incostituzionalità "prospettata", forse proprio per cercare di dare un nuovo volto al raccordo tra Corte costituzionale e Parlamento, soprattutto in quelle "zone" immanenti all'ordinamento giuridico dove, pur essendo radicata una forte discrezionalità legislativa, occorre vengano date risposte[26].

A tal proposito, forse è possibile sostenere che il modello "collaborativo" di Kelsen in punto di raccordo tra Parlamento e Giudice delle leggi nel pieno rispetto della supremazia del primo e, quindi, della sua sfera discrezionale, trovi una soluzione equilibrata nello strumento decisionale appena menzionato che, di fatto, non incide sulla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento.

22. Cfr. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in (a cura di C. Geraci), "La giustizia costituzionale", Giuffrè, Milano, 1981, p. 198.

23. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., p. 21.

24. Cfr. G. CORAGGIO, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2020*, in *www.cortecostituzionale.it*, 13 maggio 2021, p. 11. Pare significativo evidenziare tale affermazione alla luce dei recenti sviluppi relativi alle tecniche decisionali "collaborative" adottate dalla Corte costituzionale.

25. Come autorevolmente posto in evidenza da N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, 3/2021, p. 88.

26. Sul punto, in termini problematici, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., p. 22.

È possibile anche sostenere, d'altra parte, che lo "schema Cappato" non rappresenti altro che un'incostituzionalità minacciata, ove viene negato lo *spatium deliberandi* in capo al legislatore[27].

Quello che è vero, anche e soprattutto alla luce dell'adozione della sent. n. 150 del 2021, il "seguito" dell'ord. n. 132 del 2020, e dell'ord. n. 122 del 2022 in tema di ergastolo ostativo, è che la leale collaborazione, ad oggi, si svolge "doppiamente" a senso "unico": da un lato, in quanto il legislatore rimane di fatto inerte, e, quindi, la Corte è "costretta" ad adottare una coerente e "confermativa" pronuncia di illegittimità costituzionale; dall'altro, poiché il Giudice delle leggi chiede al Parlamento di "legiferare *positivamente*, così ignorando le ragioni politiche, fondate o non fondate che siano (non è questo il punto), in virtù delle quali il legislatore può aver deciso di *non* legiferare"[28].

A fronte dell'inerzia legislativa, la tensione esistente tra esigenza di sindacato di legittimità costituzionale e rispetto della discrezionalità del legislatore sembrerebbe piuttosto alta; tuttavia, se è vero che di recente "il carattere discrezionale della soluzione da adottare a seguito della riconosciuta incostituzionalità non è stato più ritenuto un impedimento dell'intervento additivo", è anche vero che tale cambiamento risulta mitigato "dalla cautela e dalle condizioni che la stessa Corte si è imposta"[29].

Come si vedrà, l'esperienza della giustizia costituzionale tedesca[30] conosce, invece, una rappresentazione piuttosto fedele del raccordo immaginato da Kelsen, proprio nell'ottica di rendere possibile al Parlamento, entro un lasso temporale individuato, la sostituzione della legge incostituzionale con una conforme a Costituzione.

3. L'efficacia della declaratoria di incostituzionalità tra norma incostituzionale e certezza del diritto

Secondo Kelsen è fondamentale che si produca "l'effetto retroattivo desiderabile della decisione di annullamento sul caso che ha provocato

27. Si rimanda nuovamente alle riflessioni di N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., p. 92.

28. Cfr. significativamente N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., p. 93.

29. G. CORAGGIO, *Relazione sull'attività della della Corte costituzionale nel 2020*, cit., p. 12.

30. Per un'analisi della *Verfassungsgerichtsbarkeit* tedesca v. G. HERMES, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Organisation und Funktionsbereich*, in (a cura di F. Lanchester, I. Staff), "Lo Stato di diritto democratico dopo il fascismo ed il nazionalsocialismo. Demokratische Rechtstaatlichkeit nach Ende von Faschismus und Nationalsozialismus", Giuffrè, Milano/Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 63 ss.

la richiesta e che, d'altra parte, l'organo legislativo abbia il tempo necessario per preparare una nuova legge che risponda ai requisiti voluti dalla costituzione"[31].

Secondo l'impostazione del giurista austriaco, tre sono i profili di rilievo rispetto agli effetti della declaratoria di incostituzionalità: il rapporto con il legislatore (su cui v. *supra*, par. 2), la salvaguardia del caso singolo e la tutela della certezza del diritto[32].

Con riferimento all'efficacia della declaratoria di incostituzionalità sarebbe "opportuno, in ogni caso, nell'interesse della certezza del diritto, non attribuire effetti retroattivi all'annullamento delle norme generali".

Al fine di tutelare il bene "supremo" della certezza del diritto, occorre "contenere l'annullamento […] entro un termine fisso stabilito dalla costituzione, per esempio da tre a cinque anni a partire dall'entrata in vigore della norma da annullare" in quanto sarebbe "estremamente increscioso dover annullare per incostituzionalità una legge e più ancora un trattato dopo che sono stati in vigore per lunghi anni senza ricevere critiche"[33].

Ebbene, la salvaguardia del solo singolo caso non rientra tra i poteri della Corte costituzionale, così come tra quelli del *BVerfG*.

Lo stesso Tribunale costituzionale austriaco, peraltro, già alla fine degli anni novanta, si era allontanato dalla tecnica della "*Ergreiferprämie*", e ciò in ragione, lo si può intuire, delle differenziazioni irragionevoli operate sulla base della mera situazione processuale di riferimento[34].

In effetti, dal c.d. premio di cattura, tipico, peraltro, del modello abrogativo cui, a ben vedere, lo stesso Tribunale costituzionale austriaco si sta distaccando[35], origina quel paradosso per cui "una legge dichiarata incostituzionale" produce "effetti per alcuni e non per altri […]"[36], così comprimendo non solo il principio di uguaglianza, ma anche il diritto di difesa.

31. Così H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 199.

32. Per un recente contributo sulla certezza del diritto cfr. R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Federalismi*, 17/2018, pp. 2 ss.

33. Si riporta quanto scritto da H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 191.

34. Parte della dottrina tedesca si è interrogata sulla *ratio* del c.d. "premio di cattura". Si rimanda alle interessanti osservazioni di M. SCHWENKE, *Ist eine "Ergreiferprämie" nach* österreichischem *Vorbild sinnvoll? – Zum Beschluß des BVerfG vom 10.11.1998, 2 BvR 1057/91, 1226/91, 980/91*, in *DStR*, 1999, p. 407.

35. Così M.T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, cit., p. 19.

36. La suggestione è offerta da R. L. WARTENBERG, *Qual è l'efficacia della legge incostituzionale prima della dichiarazione d'incostituzionalità per opera delle Corti costituzionali*?, in (a cura di D. Butturini, M. Nicolini), "Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato", Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2014, p. 121.

In ogni caso, la tecnica in questione può suscitare interesse nell'ottica di verificare nuovi orizzonti praticabili dal Giudice costituzionale, vagliando tutte le possibili conseguenze derivanti dalla modulazione degli effetti nel tempo, esigenza oramai consolidata nella prassi del Giudice delle leggi.

Si tratterebbe di una soluzione rispettosa di un "ritorno" alle origini della giustizia costituzionale, comprensivo, in un contesto di efficacia *ex nunc*, del "premio di cattura" tipico dell'originario sistema di giustizia costituzionale austriaco, tale da tutelare il caso singolo e al tempo stesso l'ordinamento nel suo complesso[37].

Come si vedrà successivamente, il tema degli effetti della declaratoria di incostituzionalità, oltre a interessare il tema, che qui si discute, della certezza del diritto, si lega in modo inscindibile a quello della natura della norma dichiarata incostituzionale.

Per quello che interessa nella presente sede, nonostante l'ordinamento italiano e quello tedesco conoscano due concezioni dogmatiche diverse della norma incostituzionale[38], tuttavia, nel primo, all'affermarsi della prevalente configurazione della norma incostituzionale quale "soltanto" annullabile è conseguita una giurisprudenza temporalmente manipolativa poco densa; al contrario, nel secondo, la c.d. *alternative Tenorierung* continua a manifestarsi con forza, nonostante il dogma della nullità della norma incostituzionale sia un elemento fortemente connotativo della giurisprudenza costituzionale tedesca.

Infatti, se, in un primo momento, alla tesi della semplice abrogazione della norma incostituzionale, tipica della *Weltanschauung* kelseniana della giustizia costituzionale, non poteva non contrapporsi la rivoluzione di cui si sono fatti portatori i valori della Costituzione italiana[39], in un secondo momento il modello di giustizia costituzionale italiano sembra avere accolto la tesi dell'annullabilità della norma incostituzionale, certamente più vicina al modello di giustizia costituzionale austriaco rispetto a quello americano.

37. Si riporta quanto scritto da N. SONNTAG, *Effetti delle decisioni della Corte costituzionale: il caso austriaco*, in "Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato", cit., p. 172.

38. È interessante notare sin da subito che autorevole dottrina ha qualificato la norma dichiarata incostituzionale nel senso di "'norma' giudicata costituzionalmente illegittima" con riferimento all'ordinamento italiano; ha identificato invece la norma come "nulla" con riferimento all'ordinamento tedesco. Così V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in "1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale", Corte costituzionale, Roma, 2006, p. 743.

39. Eppure, come si vedrà meglio, il dogma kelseniano si contraddistingue notoriamente per il fatto di avere elaborato quella teoria per cui "la possibilità della legislazione è contenuta nella costituzione"; cfr. F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 137.

A questo proposito, è forse possibile fare riferimento all'ambigua genesi del sindacato di legittimità costituzionale[40], tanto è vero che, come è stato scritto, presso gli studiosi vi era "disorientamento nella descrizione del sistema di giustizia costituzionale […]"[41].

Come noto, i Costituenti avevano davanti a sé due modelli[42]: quello nordamericano, connotato dall'efficacia retroattiva della declaratoria dell'incostituzionalità di una norma, e quello austriaco, connotato dall'efficacia proattiva dell'incostituzionalità della stessa, tanto che "[…] la progressiva messa a fuoco del vincolo esistente fra processo costituzionale e giudizio *a quo*, da un lato, e la pratica mancanza di ogni alternativa al controllo incidentale, dall'altro […]" hanno "finito per avvicinare considerevolmente il sistema italiano di giustizia costituzionale al *Judicial Review of Legislation* americano, con la sola differenza derivante dall'accentramento del potere di decisione nella Corte costituzionale […]"[43], tipico, come ampiamente noto, del sistema di giustizia costituzionale austriaco.

Non è un caso che, secondo Calamandrei, "ora in Italia, dopo aver tanto discusso se adottare l'uno o l'altro, siamo arrivati a un compromesso: si è adottato un sistema che ha preso un po' di qua, un po' di là. Di qui l'origine di tutti gli inconvenienti"[44].

I Costituenti avevano inteso attribuire alla Corte costituzionale una funzione del tutto peculiare, in parte diversa da quella che va a caratteriz-

40. Pur non essendo la presente sede quella più opportuna per un'analisi del ruolo che assume la parte nel giudizio costituzionale, importa comunque osservare che, come è stato significativamente scritto, "il ridimensionamento del ruolo della parte nell'interpretazione del legislatore del 1953 non è altro che un segno evidente della difficoltà di tenuta di un modello nel quale, alle origini, apparentemente convivevano impostazioni ideologicamente differenti […]". In questo senso M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 169; sul punto si veda anche M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 71.

41. Cfr. M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., p. 14. A proposito della disciplina degli effetti nel tempo si consideri che, nell'ordinamento italiano, "la disciplina della sentenza di accoglimento […] e le consuetudini lessicali della dottrina, non consentono una duplicazione terminologica analoga a quella affermatasi nell'esperienza tedesca". Così G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 42.

42. Cfr. E. CHELI, *La Corte costituzionale nel quadro della forma di governo italiana*, in "Associazione per gli studi e le tecniche parlamentari. Seminari 1989-1990". Quaderni per le ricerche parlamentari Giuffrè, Milano, 1991, p. 29.

43. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 2423.

44. Così P. CALAMANDREI, *Il controllo giurisdizionale sulle leggi*, in *https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/09/Opere-giuridiche-–-Volume-III-–-Diritto-e-processo-costituzionale.pdf*, 2019, p. 486. L'affermazione appena riportata interessa in quanto permette di descrivere il sistema di giustizia costituzionale italiano nel senso di un sistema "misto".

zare il *Verfassungsgerichtshof* austriaco, in quanto al Custode della Costituzione italiano, sostiene Modugno, è stato di fatto richiesto *ab origine* di "[…] desumere, sia pure in via interpretativa, la norma 'giusta'"[45].

Nel modello tedesco, il quale sembra avere direttamente ispirato i sostenitori della tesi della nullità della norma incostituzionale in Italia[46], il rapporto tra Legge Fondamentale e norma incostituzionale è governato dal principio della *Ipso iure Nichtigkeit*, cioè dalla nullità della norma non conforme ai principi costituzionali.

Eppure, l'efficacia della declaratoria di incostituzionalità della norma incostituzionale, talvolta, ha conosciuto e conosce nell'ordinamento tedesco una caratterizzazione *ex nunc* e, quindi, lontana dall'idea della necessità fisiologica di un impatto retroattivo e generale della stessa declaratoria di incostituzionalità (di una norma di per sé già nulla) sui processi pendenti.

45. Cfr. F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in "Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato", Maggioli, Rimini, 1985, p. 21, il quale evidenzia la distanza della *ratio* tra il modello di giustizia costituzionale austriaco e quello italiano.

46. Così G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge*, Editoriale Scientifica, collana Crispel, Napoli, 2012, Prologo, secondo il quale parte della dottrina ha ritenuto nulla "ogni legge non conforme o in contraddizione con la Costituzione" alla luce e "sulle orme del dibattito tedesco sul c.d. *Nichtigkeitsdogma* […]".

Sezione prima
La natura del giudizio di costituzionalità e il regime degli effetti delle decisioni di incostituzionalità

Capitolo I
La norma incostituzionale tra nullità e annullabilità

0. Premessa

Nel presente capitolo si svolgerà, nel par. 1, un'indagine sulla natura della norma incostituzionale studiando il modello statunitense e quello austriaco. Il par. 2 è dedicato all'analisi della disciplina degli effetti della declaratoria di incostituzionalità, non mancando di analizzare il dibattito dottrinale relativo all'individuazione della natura della norma dichiarata incostituzionale. Nei parr. 3 e 3.1 l'indagine si focalizzerà sulla disciplina normativa degli effetti nel tempo della declaratoria di incostituzionalità focalizzando l'attenzione sul dibattito che, in Assemblea Costituente, ha interessato, nello specifico, l'art. 136 Cost.: verranno presi in considerazione i passaggi che più si intrecciano con la *ratio* delle decisioni tedesche di incompatibilità, così da illuminare alcuni nodi problematici che interessano l'efficacia della declaratoria di incostituzionalità sin dagli esordi della giustizia costituzionale.

Il par. 4 è dedicato ad una tesi dottrinale che apre alla modulazione degli effetti nel tempo in un'ottica kelsenianamente orientata, e, quindi, finalizzata a salvaguardare le parti del giudizio *a quo*.

1. Uno sguardo alle origini del sindacato di costituzionalità: la (non troppo rigida) contrapposizione fra nullità e annullabilità della legge incostituzionale nei modelli statunitense e austriaco

Prima di svolgere un'indagine sugli effetti delle sentenze di accoglimento, chi scrive intende analizzare la contrapposizione – come noto, ad oggi superata alla luce dell'esistenza, nell'ordinamento italiano, di un controllo "incidentale ma accentrato"[1] – tra nullità e annullabilità della legge incostituzionale nei modelli statunitense[2], "diffuso, incidentale e dichiarativo"[3] e austriaco, "accentrato, principale e costitutivo"[4], delineando le caratteristiche principali dei due modelli di giustizia costituzionale[5].

L'analisi prenderà le mosse, per una questione meramente cronologica, dalla *judicial review*, che, come noto, è stata inaugurata dalla sentenza *Marbury v. Madison* del 1803[6].

La Costituzione degli Stati Uniti, entrata in vigore nel 1878, era sorretta da due principi: quello di costituire l'"espressione della 'volontà del popolo'" e quello di riconnettersi a principi di diritto eterno[7].

Entrambi i fondamenti della Costituzione americana hanno conosciuto un'importante forma di attuazione sin dai primi anni di lavoro delle Corti,

1. Così L. PEGORARO, *I rapporti della Corte costituzionale col legislatore e la sistematica dei modelli di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell'arretrato*, in "La giustizia costituzionale a una svolta (Atti del Seminario di Pisa, 5 maggio 1990)", Giappichelli, Torino, 1991, cit., p. 185. Di recente, si veda M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 10-20.

2. Si tratterebbe, come si vedrà meglio nel proseguo e come affermato da Azzariti che riporta la *summa divisio* di Calamandrei, di un controllo "speciale", cioè "diretto soltanto a negare l'applicazione della legge al caso concreto, con effetti limitati alla sola specie decisa". Cfr. G. AZZARITI, *I vari sistemi di sindacato sulla costituzionalità delle leggi nei diversi Paesi (cenni di diritto comparato)*, in "La Corte costituzionale (raccolta di studi)", Istituto poligrafico dello Stato, Roma, 1957, p. 8.

3. Così A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/1982, p. 521.

4. Così, ancora, A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, cit., p. 522.

5. Per un'interessante comparazione tra i due modelli di giustizia costituzionale si veda C. BEZEMEK, *A Kelsenian model of constitutional adjuication. The Austrian Constitutional Court*, in *ZÖR*, Springer-Verlag, Berlin, 2021.

6. Per un commento alla pronuncia in questione cfr. B. BARBISAN, *Il mito di "Marbury v. Madison" e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in *Amministrare*, 1/2010.

7. Così G. BOGNETTI, *Il pensiero filosofico giuridico nord-americano del XX secolo*, Istituto editoriale cisalpino, Università di Milano, Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza, 1958, p. 8.

proprio a partire dal notissimo caso dello *Chief Justice* Marshall, il quale, a ben vedere, si fonda proprio sulla concezione del diritto come ragione.

Non è un caso, infatti, che la *common law* americana abbia assunto "pressapoco il valore di un diritto di natura"[8]: le Corti applicavano il diritto secondo una tendenza di natura conservativa, e questo alla luce dell'influenza esercitata dalle idee filosofico-giuridiche, cioè "i criteri di impostazione metodica della scienza del diritto, le generali costruzioni dogmatiche, che venivano dalla tradizione ottocentesca"[9].

Nell'ottica della *judicial review* americana, la legge incostituzionale è nulla nel senso più assoluto che possa essere concepito, ovverosia è una non legge[10]: per questa ragione, i giudici devono disapplicare, diffusivamente, la norma non conforme a Costituzione, dovendo decidere le controversie "solo secondo norme che sono giuridiche"[11].

Quanto ai possibili fondamenti della *judicial review*, si consideri che essi, pur risalendo all'esperienza coloniale, hanno conosciuto solo con la Rivoluzione una prima autentica applicazione.

Il sindacato in questione sarebbe deducibile dallo spirito dei Padri costituenti, oppure ancora dall'Art. III, sezione II, della Costituzione statunitense, ove è indicato che il potere giudiziario delle Corti federali "*shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under the Constitution*, …"[12].

È stato affermato che la rigidità della Costituzione, combinata con la *judicial review*, rappresenta una tra le forme più forti di attuazione dei valori costituzionali, costituendone, addirittura, il coronamento[13].

8. Sulla giustizia naturale si veda M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 65.

9. Si riporta l'indagine di G. BOGNETTI, *Il pensiero filosofico giuridico nord-americano del XX secolo*, cit., pp. 9, 17.

10. Per una riflessione sull'invalidità della legge si veda A. SPADARO, *Contributo per una ridefinizione della teoria della validità*, in "La giustizia costituzionale ad una svolta", cit., pp. 247 ss. Sulla nullità della norma non conforme a Costituzione nel sistema americano cfr. O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2014, pp. 17-50.

11. Si riportano le riflessioni di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. I. La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 66.

Per una disamina della *judicial review* si veda G. AZZARITI, *I vari sistemi di sindacato sulla costituzionalità delle leggi nei diversi Paesi (cenni di diritto comparato)*, cit., pp. 20-26.

12. Cfr. G. L. HASKINS, *Foundations of Power: John Marshall, 1805-15*, in "History of the Supreme Court of the United States", Macmillan Publishing Co., Inc, New York, Collier Macmillan Publishers, London, 1981, pp. 186 ss.

13. G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit., p. 66. Si tratta di un'affermazione particolarmente rilevante sul piano dell'interpretazione del funzionamento della giustizia costituzionale.

Lo stesso Jellinek, cui si ispirò Kelsen nella costruzione dell'architettura della *Verfassungsgerichtsbarkeit*, aveva ritenuto che la funzione svolta dalla Corte Suprema statunitense fosse necessaria per lo sviluppo e il rafforzamento della Costituzione[14].

La nullità della norma incostituzionale, di fatto, promuove la tutela della legalità costituzionale dell'ordinamento, che non può tollerare non solo l'efficacia, ma anche la validità di una norma non conforme a Costituzione.

È interessante porre in evidenza il fatto che nel sistema americano vige il principio dell'irretroattività della legge: uno studio evidenzia come "l'attitudine" dell'irretroattività dell'efficacia della legge conosca un ribaltamento dinnanzi all'efficacia delle pronunce adottate dai giudici, in quanto "*the strong presumption is that statements of law in judgments that announce new rules or overturn old ones apply to conduct predating that judgment. This seeming inconsistency derives from the 'declaratory' theory of adjudication – legislatures make new law but courts only find and declare pre-existing law*"[15].

Pertanto, nel sistema di *common law* americano, "*rules announced by the legislature have only prospective effect while those announced by judges have retroactive effect as well*"[16].

Il *law-making power* delle Corti ha imposto un cambio di segno, in quanto "*the retroactivity of rules arising from adjudication is as worrisome as that associated with legislation*"[17].

Alla base di tale considerazione vi è, come intuibile, la tutela dell'affidabilità del diritto e della certezza del diritto[18].

La natura non esclusivamente giudiziale delle Corti, in realtà, si affermò già nel 1848 con riferimento ad una pronuncia adottata nell'ambito del diritto di famiglia: la necessità di evitare l'applicazione, nel giudizio, della declaratoria di incostituzionalità della disciplina del divorzio legislativo,

14. Sul punto si rimanda agli studi di E. PALICI DI SUNI, (a cura di E. Palici di Suni), *Una Corte costituzionale per l'Austria*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 20, che riporta G. JELLINEK, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, 1885, p. 55.

15. Cfr. R. S. KAY, *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*, in *The American Journal of Comparative* Law, Vol. 62, Oxford University Press, 2014, p. 38.

16. Così ancora R. S. KAY, *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*, cit., p. 38.

17. Si tratta di un profilo estremamente interessante della *judicial review*.

Si riporta nuovamente quanto affermato da R. S. KAY, *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*, cit., p. 39.

18. In questo senso: "*we should expect cases in which people have acted in substantial and reasonable reliance on the law that preceded introduction of the 'new rule' by a court*".

era stata dettata dalla considerazione per cui, alla luce della celebrazione del secondo matrimonio, i figli nati dallo stesso sarebbero stati sottoposti ad una forma di "bastardizzazione"[19].

Come si può giustificare una simile operazione del tutto derogatoria rispetto al principio, anzi, al dogma, della nullità della legge incostituzionale?

"*Was there ever such a profession as ours anyhow? We speak of ourselves as practicing law, as teaching it, as deciding it, and not one of us can say what law means*"[20].

Le parole di Cardozo sono molto chiare e semplici e sottintendono già la risposta, che è la medesima che ha condotto il Tribunale costituzionale federale tedesco a sviluppare un'imponente giurisprudenza temporalmente manipolativa derogatoria rispetto al principio di retroattività.

In altre parole, "*when the hardship [of the retroactive effect of judge-made law] is felt to be too great or to be unnecessary, retrospective operation is withheld… It may be hard to square such a ruling with abstract dogmas and definitions. When so much else that a court does, is done with retroactive force, why draw the line here? The answer is, I think, that the line is drawn here, because the injustice and oppression of a refusal to draw it would be so great as to be intolerable*"[21].

Secondo la dottrina americana, il *prospectivity principle* prevede che "*a new legal rule, generally resulting from a court decision overruling a prior decision of the court, should be applied only in future cases*"[22].

Pertanto, secondo il principio di prospettività, la decisione adottata in precedenza deve essere considerata un fatto giuridico esistente e valido con riferimento agli eventi regolati dal momento dell'adozione della stessa fino alla data dell'"*overruling*"[23].

Quanto al contesto di riferimento, è bene considerare che Cardozo può essere definito il filosofo del processo giudiziale.

Secondo Cardozo, "il diritto deve operare nella realtà pratica e sarebbe nocivo un suo distacco dalla coscienza comune"[24].

19. Cfr. Bingham v. Miller, 17 Ohio 445, 1848 (448-49).

20. Margaret Hall, ed., *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo* at 43 (Fallon Publications, 1947) (Address before the New York State Bar Association Meeting, Jan. 22, 1932) ("Cardozo's Address").

21. Si riporta quanto dichiarato da B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, pp. 146-47.

22. Si veda C. HOESLY, *Halperlin v. Pitts and the prospective application of new Oregon Supreme Court Rulings*, in *Willamette.edu*, 2015, p. 196.

23. Cfr. ancora C. HOESLY, *Halperlin v. Pitts and the prospective application of new Oregon Supreme Court Rulings*, cit., p. 196.

24. Così G. BOGNETTI, *Il pensiero filosofico giuridico nord-americano del XX secolo*, cit., pp. 110-116.

Quanto alle regole del processo in campo costituzionale, secondo il filosofo, al fine di "evitare la possibile frustrazione delle aspettative di coloro che hanno agito in vista dell'esistenza della regola, le Corti potrebbero, in un'ultima applicazione d'essa in sentenza, dichiarare che di lì innanzi non la riterranno più vigente"[25].

Tornando alle *prospectivity decisions*, è chiarissima l'esigenza di salvaguardare l'ordinamento giuridico da possibili *vulnera* determinati da un *caos* giuridico: "*[T]he maintenance of public order, the repose of society, and the quiet of families, require that what has been definitely determined by competent tribunals shall be accepted as irrefragable legal truth. So deeply is this principle implanted in [our] jurisprudence, that commentators upon it have said, that res judicata renders white that which is black, and straight that which is crooked*"[26].

Alla base della scelta di adottare una decisione con efficacia solamente *pro futuro*, vi è, quindi, la considerazione relativa all'onere imposto alla società in ragione dell'applicazione retroattiva della nuova regola, e, in particolare, al sistema giudiziario nel suo complesso[27].

Più in generale, sarebbe stato il realismo giuridico ad avere promosso la concezione della Costituzione quale *living document*, improntato anche alla "pragmaticità ed elasticità"[28].

Non è un caso che la tesi blackstoniana[29] della retroattività fu ritenuta datata e che, più di recente, nel 1966, si era affermato che "*most courts now treat the question of how an overruling decision should operate as one of the judicial policy rather than of judicial power*"[30].

Secondo attenta dottrina, l'esordio della *prospectivity* nella materia penale coicinde con il caso "cui ricondurre i poteri della Corte Suprema sugli effetti delle proprie decisioni"[31]: si tratta del giudizio *Linkletter v. Walker*

25. Cfr. nuovamente G. BOGNETTI, *Il pensiero filosofico giuridico nord-americano del XX secolo*, cit., p. 120.

26. Cfr. Jeter v. Hewitt, 63 U.S. (22 How.) 352, 364 (1859).

27. Così C. HOESLY, *Halperlin v. Pitts and the prospective application of new Oregon Supreme Court Rulings*, cit., p. 198. Si segnalano, a questo proposito, Stovall (1967) e Desist (1969), suggerite da M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 10.

28. Cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 114.

29. Per un'indagine su William Blackstone si rimanda a D. FREDA, "*Una dispotica creazione". Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'ottocento*, Giappichelli, Torino, 2021.

30. In questo senso R. SHAPIRO, *Annotation, Prospective or Retroactive Operation of Overruling decision*, 10 A.L.R 3d 1371, 1996, pp. 1377-1378.

31. Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 38.

del 1965, in cui la Corte Suprema aveva affermato che la *prospectivity* "*is appropriate in some cases*"[32].

Nel caso di specie, il "*retroactive effect*" avrebbe richiesto "*multitudes of hearings and retrials without really improving the accuracy of the judgements*"[33].

Come è stato affermato, la ragione dell'utilizzo di simili tecniche era dovuta all'esigenza di riformare il processo penale: a tal fine, le Corti necessitavano di "apportare innovazioni forti nell'ordinamento, in materie dove era necessario mantenere un ordine generale"[34].

Quanto alla possibile concettualizzazione delle *prospectivity decisions*, occorre considerare che due sono le tipologie identificabili: nel caso della "*pure prospectivity*", la Corte applicherà la nuova regola solamente ai casi sorti dopo l'adozione della pronuncia; nel caso della "*modified*" o "*selective prospectivity*", l'efficacia retroattiva "*will grant the litigant in the case relief but will not apply the new rule to other cases that arose before its announcement*".

Nel 1991 la Corte Suprema si è espressa sulla "*prospective overruling*" e sulla "*judicial rulemaking*", sancendo un principio molto forte, e cioè che "*modified or selective prospectivity is impermissible*"[35].

A fronte di tale affermazione, una delle tre opinioni concorrenti ha posto in evidenza la necessità di non incidere sulla "*pure prospectivity*", dovendo rimanere "*a viable judicial option governed by the Court's prior decisions*"[36].

Si tratta di quanto ha avuto modo di scrivere *Justice* White, con cui concordava *Justice* O'Connor, che invocava un approccio pragmatico e non formalistico[37].

32. K. D. STEELE, *Prospective Overruling and the Judicial Role After "James B. Beam Co. v. Georgia"*, 45, *Vanderbilt Law Review*, 1992, p. 1349.

Si consideri che nel 1932 la Corte Suprema degli Stati Uniti nel giudizio Great Northern affermò la legittimità costituzionale del principio della prospettività. Come riportato dalla dottrina di D'Amico in M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 10. Militano nel senso della prima decisione "prospettiva" M. CAPPELLETTI, W. COHEN, *Comparative constitutional law*, in "Cases and Materials", the Bobbs Merril Company, Indianapolis, 1979, pp. 134 ss.

33. K. D. STEELE, *Prospective Overruling and the Judicial Role After "James B. Beam Co. v. Georgia"*, cit., p. 1350.

34. Così M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 12.

35. Cfr. K. D. STEELE, *Prospective Overruling and the Judicial Role After "James B. Beam Co. v. Georgia"*, cit., p. 1345 e nota n. 3.

36. Ancora K. D. STEELE, *Prospective Overruling and the Judicial Role After "James B. Beam Co. v. Georgia"*, cit., p. 1346.

37. K. D. STEELE, *Prospective Overruling and the Judicial Role After "James B. Beam Co. v. Georgia"*, cit., pp. 1345; nota n. 3, 1346.

Molto interessante è quanto affermato dal giudice Scalia, il quale, sebbene fosse d'accordo con il ragionamento del *Justice* Souter sui problemi di uguaglianza posti dalla '*selective prospectivity*', riteneva che il problema legato alla *prospectivity*, sia selettiva che pura, non fosse l'ineguaglianza, ma l'incostituzionalità.

Infatti, nel pieno rispetto della separazione dei poteri, occorreva considerare quanto affermato dal *Justice* Marshall nella sentenza *Marbury v. Madison*: il potere giudiziario si deve limitare a dichiarare quello che la legge è, in quanto "*the founding fathers envisioned the function of the judiciary as finding the law as it exists-not as making the law*".

Il giudice Souter riteneva che la "*selective prospectivity*" contrastasse con il principio di eguaglianza: "*he believed that the Court should apply the same rule to all litigants*"[38].

Quanto appena scritto permette di affermare che il dibattito intorno all'ammissibilità o alla legittimità costituzionale della "*pure*" o "*selective prospectivity*" interessa, in generale, anche l'utilizzo dei poteri da parte delle Corti.

A conferma di quanto appena posto in evidenza, di recente la dottrina americana ha commentato, prima della sua pubblicazione, la decisione che la U.S. *Supreme Court* avrebbe potuto adottare in occasione del caso *South Dakota v. Wayfair Inc* del 21 giugno 2018 in materia tributaria, affermando che: "*the Court could still effectively prohibit states from imposing retroactive liabilities on vendors post-Quill. That is because the application of retroactive liabilities would violate the dormant commerce clause by imposing undue burdens on interstate commerce*"[39].

Anche la dottrina italiana, di recente, ha scritto che "l'*overruling* non raramente si risolve con la tecnica del *perspective overruling*, volta a correggere la portata retroattiva di un *overruling*, portata retroattiva che è altrimenti insita nella natura dichiarativa del giudizio di *common law*"[40].

In definitiva, è possibile sostenere che le Corti americane abbiano, talvolta, inciso sul principio di retroattività seguendo "principi che si impongono come limiti naturali alla totale retroattività dell'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità", nell'ottica di elaborare criteri utili per risolvere casi[41].

38. Cfr. K. D. STEELE, *Prospective Overruling and the Judicial Role After "James B. Beam Co. v. Georgia"*, cit., pp. 1360-1361.

39. Così A. THIMMESCH, D. SHANSKE, D. GAMAGE, *Wayfair and the Retroactivity of Constitutional Holdings*, in *State Tax Notes*, May 7, 2018, p. 514.

40. Cfr. N. G. CEZZI, *Stare decisis e interpretazione costituzionale*, in *Nomos*, 3/2020, p. 10.

41. Così M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 13. Sull'eccezionalità che ha caratterizzato l'adozione di tali pro-

È stato anche scritto che la Corte Suprema, più che "esercitare un potere *sul tempo*, come il Tribunale costituzionale austriaco, nell'adottare decisioni prospettive pone in essere una soggezione *al tempo* attraverso i principi"[42].

Ebbene, la tesi appena riportata permette di sostenere, forse, che anche la giurisprudenza temporalmente manipolativa tedesca risponde alla medesima esigenza, al contrario del modello di giustizia costituzionale austriaco, ove la *Fristsetzung*, specificamente prevista in Costituzione, "si inserisce in modo armonico nel sistema kelseniano, dove il valore supremo stava nella certezza del diritto"[43].

Inoltre, la presenza del dogma della nullità impone un avvicinamento tra i due modelli di giustizia costituzionale, quello americano e quello tedesco, sotto il profilo dello studio della natura della norma incostituzionale, così come sotto il profilo della – progressiva flessibilizzazione – dei poteri delle Corti, con specifico riferimento alle *prospectivity decisions* e alle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

Addirittura, poiché la Germania è stata uno dei primi Stati ad imporre un effetto retroattivo alle decisioni del Tribunale costituzionale, l'effetto *ex tunc* viene indicato da recenti studi sulla modulazione degli effetti del tempo come "fondato" dal modello tedesco[44].

Tanto chiarito, con riferimento al modello di giustizia costituzionale austriaco, come si è già in parte anticipato, l'elemento caratteristico dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità è rappresentato, da un lato, dalla normale abrogazione, e, dall'altro, da una parziale deroga a tale effetto, cioè a dire dall'ammissione dell'effetto retroattivo limitatamente al caso concreto[45], così da "offrire al giudice un interesse a presentare la domanda"[46].

nunce si veda M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale,* in "Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale" (Atti del Seminario, 13-14 novembre), 1989, Giuffrè, Milano, 1990, p. 37.

42. Così M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 13.

43. Ancora M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 13.

44. S. VERSTRAELEN, *The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity*, cit., p. 1692.

45. Come scritto da Cappelletti, la riforma nel 1929 del sistema austriaco avrebbe proprio evitato di fondare il giudizio di legittimità costituzionale da parte dell'*Oberster Gerichtshof* e da parte del *Verwaltungsgerichtshof* sul paradosso per cui la pronuncia della Corte costituzionale non avrebbe potuto esplicare effetti.

Cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 112.

46. Cfr. B. CARAVITA, *Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi*, *Vol. I, La Corte costituzionale austriaca*, CEDAM, Padova, 1985, pp. 132-133. È inte-

In linea di massima, l'efficacia è *ex nunc*[47]: la decisione di annullamento, in questo senso, avrebbe la stessa natura di una legge di abrogazione[48] poiché occorre tutelare la certezza del diritto. Per questa ragione, la norma incostituzionale non avrà più efficacia *pro futuro.*

La ragione di una simile architettura degli effetti della declaratoria di incostituzionalità è rinvenibile nell'opera di Kelsen.

Kelsen prende le mosse dal presupposto secondo cui non esiste un'ipotesi di "garanzia della regolarità in cui più si potrebbe essere tentati di affidare l'annullamento degli atti irregolari allo stesso organo che li ha posti in essere che in quella della garanzia della costituzione; e in nessun caso questa procedura sarebbe più controindicata"[49].

Se si ritiene che tale forma di controllo delle leggi possa porsi in contrasto con la sovranità del Parlamento, occorre considerare, secondo Kelsen, che "l'organo cui è affidato l'annullamento delle leggi incostituzionali, anche se – mediante l'indipendenza dei suoi membri – viene organizzato in forma di tribunale, non esercita in realtà una vera funzione giurisdizionale": in questo senso, la giurisdizione costituzionale costituisce una forma di affermazione del principio della separazione dei poteri[50].

Stando a Kelsen una norma incostituzionale non può essere nulla sin dall'inizio, in quanto "l'atto deve giuridicamente esistere se può essere oggetto del giudizio di un'autorità" e poiché "l'atto è 'nullo' solo se la competente autorità lo dichiara tale"[51].

La legge costituzionale federale (*B-VG*) disciplina "i vari effetti della decisione d'incostituzionalità quale aspetto più significativo del sistema austriaco di controllo di costituzionalità"[52].

Tanto chiarito, ai sensi dell'art. 140 della Costituzione austriaca "(5) La decisione della Corte costituzionale con cui una legge viene dichiarata incostituzionale obbliga il Cancelliere o il Governatore competente

ressante notare che, secondo la dottrina di Palici Suni, Jellinek aveva ipotizzato, ben prima di Kelsen e sempre con riferimento all'ordinamento austriaco, la necessità di un'istituzione che controllasse la costituzionalità delle leggi. Cfr. E. PALICI DI SUNI, *Una Corte costituzionale per l'Austria*, cit., pp. 1-35.

47. Cfr. S. VESTRAELEN, *The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity*, cit., p. 1692, H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale*, cit., p. 299.

48. Così H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale*, cit., p. 300.

49. Cfr. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale*, cit., p. 171.

50. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale*, cit., pp. 173-174.

51. Cfr. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale*, cit., p. 302.

52. M. T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, cit., p. 9.

all’immediata pubblicazione dell’annullamento. La norma si applica in quanto compatibile anche nel caso di una decisione ai sensi del 4° comma. La dichiarazione di incostituzionalità acquista efficacia decorso il giorno della pubblicazione, se la Corte costituzionale non stabilisce un termine. Questo termine non può essere superiore a 18 mesi. (6) Se una sentenza della Corte costituzionale dichiara incostituzionale una legge, le disposizioni di legge che sono state abrogate dalla legge ritenuta incostituzionale dalla Corte ritornano in vigore nel giorno in cui la dichiarazione acquista efficacia, se la sentenza non dispone diversamente. Nella pubblicazione relativa, si deve anche indicare se e quali disposizioni di legge rientrano in vigore. (7) Se una legge è stata annullata in quanto ritenuta incostituzionale, o se la Corte ha dichiarato ai sensi del 4° comma che una legge era incostituzionale, tutti i tribunali e le autorità amministrative sono vincolati dalla pronuncia della Corte. Alle fattispecie verificatesi anteriormente alla pronuncia della Corte, ad eccezione del caso da cui ha preso origine la sentenza e sempreché la Corte stessa non disponga diversamente nella sua sentenza, la legge continua tuttavia ad applicarsi. Se nella sentenza la Corte ha posto un termine ai sensi del 5° comma, la legge si deve applicare a tutte le fattispecie verificatesi prima del decorso di questo termine, ad eccezione del caso da cui ha preso origine la sentenza. (8) Per questioni giuridiche che hanno dato origine ad un ricorso di cui al comma 1, riga 1, lett. d) [ricorso diretto], deve essere indicato in una legge federale che la sentenza della Corte costituzionale con cui la legge è stata annullata in quanto incostituzionale rende una nuova decisione nella vicenda possibile. Ciò si applica in quanto compatibile nel caso di una sentenza ai sensi del 4° comma”.

Come si accennava all’inizio del presente paragrafo, la Costituzione austriaca prevede, a partire dalla modifica del *B-VG* del 1975 (BGBl., 1975/302)[53], la possibilità di adottare pronunce dotate di efficacia *ex tunc*. Infatti, “*[a]ccording to Article 140(7) of the Austrian Constitution, the law shall continue to apply to the circumstances effected before the rescission, unless the Court decides otherwise*”[54].

Quanto appena scritto, in realtà, si pone in contrasto con la visione kelseniana della giustizia costituzionale, connotata dalla mera abrogazione della norma non conforme a Costituzione.

53. Cfr. T. ÖHLINGER, *Legge sulla Corte costituzionale austriaca*, in Cedeur, Calenzano, 1982, p. 115.

54. S. VERSTRAELEN, *The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity*, cit., p. 1706.

Eppure, sembra proprio che esigenze di natura pratica abbiano condotto il Giudice costituzionale austriaco ad abbandonare la "dottrina della non-retroattività"[55].

Ancora, lo si è visto, il Tribunale costituzionale austriaco gestisce gli effetti della declaratoria di incostituzionalità rispetto al passato, atteso che può stabilire un termine di decorrenza degli effetti caducatori *altro* rispetto a quello della pubblicazione, che, in ogni caso, lo si è visto, non può superare i diciotto mesi.

In questo senso si può sostenere che sia stato costituzionalizzato l'istituto della *Fristsetzung*[56], massima espressione del carattere costitutivo e "collaborativo" della declaratoria di incostituzionalità, su cui Kelsen si era molto soffermato[57] in quanto, come sottolineato, espressione "originariamente di una prudente concezione dei poteri del VfGH nei confronti del legislatore"[58].

Inoltre, alla luce del tenore testuale di quanto previsto all'art. 140, comma 7, alinea 3, della Costituzione austriaca, nel 1985 il Tribunale costituzionale austriaco ha posto in essere un'altra deroga rispetto alla regola generale dell'efficacia *ex nunc* della declaratoria di incostituzionalità combinata all'operatività dell'efficacia retroattiva nel caso del c.d. *Anlassfall*, estendendo il c.d. premio di cattura ai giudizi pendenti nei quali rilevava la medesima questione di legittimità costituzionale[59]: l'efficacia retroattiva "generale" si è diffusa in particolare nell'ambito del diritto tributario.

Come è stato scritto, però, l'amministrazione austriaca ha adottato diverse tecniche per contrastare tale estensione[60].

In ogni caso, come si è sostenuto in letteratura, "le tipologie di interventi della Corte costituzionale e delle conseguenti pronunce si sono ampliate a seguito delle riforme costituzionali che hanno incrementato le modalità di accesso alla giustizia costituzionale […] e le fattispecie di giudizi (anche di carattere concreto). Per tale ragione, la retroattività degli

55. Cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 113.

56. Sul punto si veda M. OLIVETTI, *La Giustizia costituzionale in Austria (e Cecoslovacchia)*, in (a cura di M. Olivetti, T. Groppi), "La Giustizia costituzionale in Europa", Giuffrè, Milano, 2003, p. 86.

57. Cfr. anche la pronuncia del Tribunale costituzionale austriaco n. 328 del 1924.

58. Cfr. B. CARAVITA, *Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi*, *Vol I, La Corte costituzionale austriaca*, cit., p. 136.

59. M. SCHWENKE, *Ist eine "Ergreiferprämie" nach österreichischem Vorbild sinnvoll? - Zum Beschluß des BVerfG vom 10.11.1998, 2 BvR 1057–91, 1226–91, 980–91*, cit., p. 407.

60. Così l'attenta analisi di S. VERSTRAELEN, *The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity*, cit., p. 1708.

effetti delle sentenze di incostituzionalità e di illegittimità è divenuta, da eccezione che era, sempre più frequente"[61]. È innegabile che il Tribunale costituzionale austriaco si sia distanziato, nel tempo, dallo schema rigido del legislatore negativo di kelseniana memoria, operando, grazie al suo ampio strumentario decisionale[62], *nel* tempo e *sul* tempo con un certo grado di discrezionalità, in parte riformando l'efficacia meramente abrogativa della declaratoria di incostituzionalità[63].

In questo senso è possibile sostenere che il sistema americano e quello austriaco conoscano profili di contatto.

A tal proposito, guardando a tempi meno recenti, lo stesso Kelsen, in uno studio dedicato alla comparazione tra il sindacato di legittimità costituzionale in Austria e negli Stati Uniti, ha fatto leva sul fatto che, se con riferimento all'ordinamento austriaco la prospettività della declaratoria di incostituzionalità conosce una forma di eccezione nel caso concreto, nel sistema americano di *judicial review* era controverso se la legge dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema fosse da considerare nulla *ab initio*[64].

Ancora, in un'opera successiva, Kelsen riporta un passaggio della pronuncia Wellington et al Petitioners, 16 Pick (Pickering) 87 (Mass., 1834): "Forse, tuttavia, si può ben dubitare se un atto formale di legislazione non possa mai, con piena correttezza giuridica, venire detto nullo; sembra più coerente con la natura del soggetto e con i principi applicabili a casi analoghi, considerarlo annullabile"[65].

Alla luce di quanto appena scritto, si conferma che i due sistemi di giustizia costituzionale, inizialmente molto diversi tra loro, hanno conosciuto un avvicinamento[66].

Allo stesso modo, come si vedrà, anche il controllo di legittimità costituzionale tedesco si è progressivamente avvicinato al modello austriaco[67].

61. M. T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, cit., p. 19.

62. Così R. PINARDI, L'horror vacui *nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 28.

63. In questo senso M. OLIVETTI, *La giustizia costituzionale in Austria (e Cecoslovacchia)*, cit., p. 85.

64. H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 302. Rilevano in questo senso Denney v. State, 144 Ind. 503, 42 N.E 929 (1896) e McCollum v. McConnoughy, 141 Jowa 172, 119 N. W. 539 (1909).

65. Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato di diritto*, Etas, Milano, 2009, p. 163, nota n. 1.

66. Per un'approfondita analisi sull'avvicinamento dei due modelli di giustizia costituzionale cfr. F. FERNÁNDEZ-SEGADO, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano*, CLUEB, Bologna, 2010.

67. Si consideri che il *BVerfG* ha deciso in alcune pronunce di "premiare" le parti del giudizio principale. Cfr. *BVerfGE* 2 BvR 1226/91, 2 BvR 980/91, *BVerfGE* 99, 216. Per una

Infine, come posto in evidenza dalla dottrina, il modello italiano e quello tedesco si caratterizzano per il fatto di essere entrambi misti, e quindi fondati "sul rapporto di pregiudizialità che lega il giudizio costituzionale ad un giudizio civile, penale, amministrativo o di qualunque altro tipo"[68].

2. Gli effetti delle sentenze di accoglimento tra nullità e annullabilità della norma incostituzionale

Nell'ambito del sindacato accentrato delle leggi, la norma incostituzionale "è tolta di mezzo per tutti e per sempre, e non meramente disapplicata in un caso concreto"[69].

Gli effetti della declaratoria di incostituzionalità italiana e tedesca hanno, in linea di massima, "una efficacia operante *ex tunc*"[70].

Ebbene, l'iniziale difficoltà nell'individuazione della natura della declaratoria di incostituzionalità deriva, secondo alcuni, dal fatto che i Costituenti abbiano evitato di fare esplicito riferimento a modelli di giustizia costituzionale stranieri[71].

Quanto appena riportato trova conferma nella "incertezza" che, di fatto, "attanaglia la dottrina nel momento in cui la stessa è chiamata a formulare una (o la) definizione degli effetti conseguenti alla dichiarazione di illegittimità costituzionale"[72].

disamina, invece, della retroattività nella giurisprudenza americana e in quella tedesca si veda W. KNITTEL, *Zum Problem der Rückwirkung bei einer* Änderung *der Rechtsprechung. Eine Untersuchung zum deutschen und US-amerikanischen Recht*, Bielefeld, Gieseking, 1965, come segnalato da M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 114, nota 15.

68. Cfr. A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, cit., p. 523.

69. Cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 110.

Interessante segnalare che Vittorio Emanuele Orlando aveva ritenuto che "in nessun caso potesse avere luogo un rimedio giurisdizionale, che avrebbe fatto del giudice un vero sovrano dello stato", e che, in ogni caso, non esistesse un potere costituente distinto da quello legislativo, ragione per cui era impossibile determinare e individuare le caratteristiche specifiche delle leggi costituzionali. Cfr. G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981, p. 65.

70. Cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 110.

71. U. DE SIERVO, *Modelli stranieri ed influenze internazionali nel dibattito dell'Assemblea Costituente*, in *Quaderni costituzionali*, 1980, p. 283.

72. Incertezza che interessa, di fatto anche la natura della sentenza di accoglimento. Sul punto si veda F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 1997, p. 7.

Peraltro, stando alla letteratura, gli effetti delle sentenze di accoglimento non sono utilmente determinabili "né parlando di effetti *ex tunc*, cioè retroattivi, né parlando di effetti *ex nunc* o pro futuro", dal momento che essi si determinano "nei confronti di tutti i rapporti in relazione ai quali le disposizioni o norme dichiarate incostituzionali risultino comunque applicabili"[73].

Occorre, tuttavia, sgomberare subito il campo.

Come noto, la direzione temporale che assume l'efficacia configurata dall'attuale formulazione dell'art. 136 Cost., si qualifica per il fatto di avere solamente *ictu oculi* efficacia *ex nunc*[74].

Proprio a causa di tale parvenza, al momento dell'entrata in vigore della Costituzione e nel periodo di poco successivo ci si è riferiti ad un'efficacia *ex nunc* propria della sentenza di incostituzionalità[75].

La configurazione del principio di retroattività è stata oggetto di tormentati e ampi dibattiti, e ciò in quanto lo stesso art. 136 Cost. aveva generato, come affermato dalla dottrina, "tormentosi dubbi" ed "equivoci"[76], essendone "nota […] la equivocità di formulazione […]"[77].

E, tuttavia, la disposizione costituzionale in questione costituisce, insieme ad altre due disposizioni, una di rango costituzionale, l'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948, l'altra di natura ordinaria, l'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953, un *unicum*, per così dire, "chiarificatore" dello stesso significato dell'art. 136 Cost., denominato dalla dottrina anche *ius receptum*[78].

73. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Commento all'art. 136*, in (a cura di G. Branca, A. Pizzorusso), "Commentario alla Costituzione. Garanzie costituzionali", Zanichelli, Bologna-Roma, 1997, p. 184.

74. L'ambiguità che caratterizza la formulazione dell'art. 136 Cost. è così descritta da Azzariti: "Indubbiamente la formula dell'art. 136 della Costituzione potrebbe dare la impressione che si pensasse a stabilire soltanto una specie di abrogazione della legge, operativa solo per i rapporti futuri"; si veda G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 160,162. Si veda anche M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, CEDAM, Padova, 2000, p. 61.

Sul punto si veda anche M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità,* cit., p. 37.

75. G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 376. Sul punto, come noto, rileva la tesi di P. CALAMANDREI, *L'illegittimità costituzione delle leggi nel processo civile*, CEDAM, Padova, 1950, pp. 72 ss., secondo il quale la declaratoria di incostituzionalità si caratterizza per un'efficacia *ex nunc*; G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1961, p. 356; M. S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost*., 1956, pp. 902 ss.

76. Si veda C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, Edizioni Scientifiche Italiane, ESI, Napoli, p. 33.

77. A. PIZZORUSSO, in (a cura di V. Andrioli), "Studi sulla giustizia costituzionale", Giuffrè, Milano, 1992, p. 184.

78. F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 13. Sul

Si è scritto che "l'art. 136 Cost. non statuisce circa l'*efficacia della sentenza* (a partire dal giorno successivo alla sua pubblicazione) ma, *direttamente ed esclusivamente*, della sorte della *norma* dichiarata costituzionalmente illegittima"[79]; dello stesso avviso è anche altra dottrina, la quale distingue tra "*applicazione della norma*" e "*applicazione della sentenza*"[80], e che fa riferimento, nello specifico, all'"automaticità dell'effetto abrogativo sancito dall'art. 136 Cost"[81].

In effetti, è innegabile che l'art. 136 Cost. sembri rappresentare una forma di "irrimediabile abrogazione"[82].

E questo in quanto l'intento del Costituente è stato, secondo alcuni, quello di attribuire alla cessazione di efficacia della legge incostituzionale effetti meramente *pro futuro*, dal momento che, quando l'art. 136 Cost. è stato approvato, esso "prescindeva dal sistema di instaurazione del giudizio di costituzionalità sulle leggi"[83].

In secondo luogo, lo si è visto, in Assemblea Costituente si era manifestata la preoccupazione "di non travolgere [...] i rapporti giuridici che [...] si erano pacificamente consolidati nel periodo intercorso fra l'emanazione della legge e la dichiarazione di incostituzionalità"[84].

punto si veda anche quanto affermato da Politi, in F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., pp. 3-5.

79. Cfr. A. RUGGERI, *Vacatio sententiae. "Retraottività parziale" e nuovi tipi di pronunzie della Corte costituzionale*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 66.

80. G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 47.

81. Cfr. ancora G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 47. Sul rapporto tra il fenomeno abrogativo e quello relativo all'intervento della declaratoria di incostituzionalità si veda M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., pp. 66-78. Tra il fenomeno dell'abrogazione e quello della dichiarazione dell'illegittimità costituzionale di una norma vi è un minimo comune denominatore di natura fattuale, poiché in seguito alla declaratoria dell'illegittimità costituzionale la norma non è più in vigore, tanto quanto nel caso dell'abrogazione: Così G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano. Vol. 1 - Il sindacato incidentale*, 1957, Jovene, Napoli, p. 245. Si consideri che, come noto, il fenomeno dell'abrogazione inerisce il piano della successione delle leggi nel tempo, mentre quello dell'annullamento della norma dichiarata incostituzionale attiene alla categoria della validità della norma incostituzionale.

82. Cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 186.

83. Sul punto si veda G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 186.

84. Cfr. G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, cit., p. 150.

Il timore che dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale conseguisse un'efficacia rivolta anche al passato era irrobustito, come affermato da Azzariti, dal fatto che era stato "soppresso ogni termine per l'impugnazione", e pertanto quest'ultima si sarebbe potuta inverare "anche a grandissima distanza di tempo"[85].

Pare porsi sulla stessa linea di ragionamento altra dottrina, ai sensi della quale l'integrazione del sistema derivante dall'art. 30 è estranea – quindi non contraria – allo spirito della scelta costituente; pertanto, "con l'art. 136 il Costituente mirava a limitare gli effetti della riconosciuta incostituzionalità alle sole situazioni venute in essere dopo la relativa dichiarazione"[86].

Non è un caso, quindi, che "la previsione del meccanismo incidentale ha reso insostenibile il sistema delineato dall'art. 136 della Costituzione"[87], tanto è vero che la sentenza di accoglimento è stata qualificata dalla dottrina nel senso di uno *ius superveniens* retroattivo[88].

In effetti, quest'ultima tesi troverebbe conferma nelle parole dell'On. Gaetano, pronunciate nella seduta pomeridiana dell'Assemblea Costituente tenutasi l'11 novembre 1947, in occasione della quale aveva affermato che l'art. 128 del Progetto prevedeva che "una legge dichiarata invalida cessa di avere efficacia. Si tratta dunque dell'annullamento *ex nunc:* alla legge sorta viziata è riconosciuta efficacia e validità fino al momento dell'annullamento".

I lavori si conclusero con "l'approvazione di un sindacato di tipo astratto: la legittimazione sarebbe spettata a chiunque e la Corte avrebbe emesso una pronuncia con efficacia generale, indipendentemente, cioè, dall'applicazione concreta della legge"[89], tanto è vero che l'articolo in discorso andava a rappresentare una disposizione costituzionale "non condizionata dal sistema del sindacato incidentale", vigendo nell'ordinamento "indipendentemente dal modo in cui la corte è stata investita, in via principale o incidentale, e dallo stato dei rapporti già regolati dalla norma dichiarata illegittima"[90].

In seguito vi fu un cambio di prospettiva, contraddistinto dal "parallelo e graduale spostarsi della legittimazione della Corte costituzionale dalla

85. Cfr. ancora G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, cit., p. 150.

86. Cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 187, 256.

87. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 187.

88. A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in *Rivista AIC*, 2/2015, p. 4.

89. Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 72.

90. Cfr. G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano. Vol. 1 - Il sindacato incidentale*, cit., p. 241.

rigida, rettilinea derivazione da un assoluto trascendente, alla congruenza al fatto, o se si preferisce, dall'unilaterale cogenza del valore in sé alla cogenza del valore razionalizzato" e ciò in ragione della "sempre più marcata presenza del canone della ragionevolezza"[91].

In altre parole, alla tesi della semplice abrogazione della norma incostituzionale, tipica della visione kelseniana della giustizia costituzionale, si è opposta, lo si accennava, la rivoluzione di cui sono stati espressione i valori costituzionali: per questo motivo, nei primi anni dell'età repubblicana, la tesi della nullità delle norme incostituzionali era sembrata la più idonea a dispiegare gli effetti dell'assolutezza dei principi contenuti in Costituzione[92].

I sostenitori della cessazione di efficacia *ex tunc* aumentarono, di fatto, in seguito alla "considerazione del meccanismo (incidentale) di accesso al giudizio costituzionale"[93].

Come è stato affermato, però, "nella loro dimensione temporale, gli effetti delle decisioni di accoglimento non si lasciano definire come effetti esclusivamente *ex nunc* o *ex tunc*, partecipando invece (in certa qual misura) di entrambe tali qualificazioni. Dal giorno successivo alla sua pubblicazione, la declaratoria di incostituzionalità opera, infatti, *pro futuro*… ma anche in direzione retrospettiva"[94].

Più nello specifico, la locuzione "cessa di avere efficacia" si riferirebbe al fatto per cui la legge colpita dalla scure della dichiarazione dell'illegittimità costituzionale non può più, di fatto, costituire fonte del diritto, ragion per cui essa non può in alcun modo regolamentare atti, fatti e situazioni cui si riferiva[95].

Esemplificativa in questo senso è la tesi di Fois, secondo il quale la l. n. 87 del 1953 non aggiungerebbe niente di veramente nuovo al combinato disposto di cui all'art. 136 Cost. e all'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948,

91. C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., pp. 40-43.

92. Sul tema della supremazia della Costituzione si veda A. SPADARO, *Contributo per una ridefinizione della teoria della validità*, cit., p. 248.

93. Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 9. Sul punto si veda anche G. COSMELLI, *Efficacia intertemporale delle declaratorie di illegittimità costituzionale e situazione sostanziale: appunti in tema di «incostituzionalità sopravvenuta»,* in *Giur. cost.*, 2012, p. 1558.

94. Cfr. M. MORELLI, *Commento all'art. 136 Cost.*, in AA.VV., in (a cura di V. Crisafulli, L. Paladin), "Commentario breve alla Costituzione", CEDAM, Padova, 1990, p. 798.

95. Sul punto si veda G. MONTELEONE, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, CEDAM, Padova, 1984, p. 86.

ma si limiterebbe a rendere esplicito quanto ricavabile dai precetti di rilievo costituzionale[96].

Particolarmente suggestiva è un'altra tesi, secondo la quale non sarebbe stato di per sé coerente avere immaginato un regime degli effetti avente efficacia solamente *ex nunc* per poi in seguito affidare ai giudici la disapplicazione della legge incostituzionale, "con effetti solo per il proprio giudizio"[97] nel periodo antecedente all'entrata in funzione della Corte costituzionale.

Così, l'entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 1948 avrebbe "involontariamente fissato il senso delle parole del testo costituzionale"[98].

Il divieto di applicazione della norma dichiarata illegittima "a tutte le situazioni ancora pendenti", quindi, sarebbe stato sancito dapprima dal legislatore costituzionale (implicitamente) e, successivamente, da quello ordinario (esplicitamente)[99].

L'art. 30, comma 3, della l. n. 87 del 1953 avrebbe "semplicemente reso più chiaro, con diverse parole, l'effettivo significato"[100].

Tanto chiarito, il tema dell'efficacia dell'art. 136 Cost. nello spazio si riallaccia a quello degli effetti temporali delle pronunce della Corte costituzionale, atteso che la direzione spaziale che essi assumono costituisce il diretto precipitato del modello di sindacato di legittimità costituzionale prescelto.

Sottolinea la dottrina, infatti, "i due tipi di manipolazione degli effetti (nel tempo e nello spazio) sono complementari"[101].

Come noto, l'art. 136 Cost. si pone a fondamento dell'efficacia *erga omnes*[102] della pronuncia di incostituzionalità.

96. S. FOIS, *Considerazioni sul tema*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 30.

97. Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 84.

98. Così si è espresso C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla legittimità delle leggi*, in C. ESPOSITO, "La Costituzione italiana", Saggi, CEDAM, Padova, 1954, p. 269.

99. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., p. 33.

100. Cfr. E. GARBAGNATI, *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in "Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti", Padova, 1950, p. 415. *Contra* la tesi di Pace, secondo il quale l'art. 136 Cost., insieme all'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948, avrebbe determinato gli stessi effetti dell'art. 30 della l. n. 87 del 1953, qualora quest'ultima non fosse mai esistita. Sul punto si veda A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 58.

101. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 158.

102. G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, cit., p. 149; G. AZZARITI, *La posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento dello Stato italiano*,

Quanto affermato trova conferma nelle parole dell'On. Perassi, il quale, nel confutare la tesi dell'On. Nitti, che avrebbe voluto che il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi non venisse deferito alla Corte costituzionale, bensì alla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, aveva affermato a chiare lettere che "[…] nel progetto nostro, la decisione della Corte costituzionale, in certi casi, avrebbe valore assoluto. Questa la differenza fondamentale"[103].

L'efficacia "generale" di cui all'art. 136 Cost. costituisce certamente un dato imprescindibile per comprendere l'essenza della disciplina degli effetti della declaratoria di incostituzionalità, e tuttavia essa risulterebbe, al tempo stesso, del tutto occasionale, in quanto "il conseguimento degli effetti generali valevoli erga omnes" costituisce "qualche cosa di subordinato […], mentre il conseguimento degli effetti della pronuncia nel giudizio rappresenta lo scopo della controversia sulla costituzionalità della legge. Tali effetti sono essenziali"[104].

In questo senso è forse possibile ricollegarsi alla tesi, di cui si tratterà successivamente, per cui sarebbe possibile distinguere tra autorità (che attiene al profilo soggettivo del giudizio) e giudicato (che attiene al profilo oggettivo del giudizio), così aprendo alla modulazione degli effetti nel tempo senza sacrificare la posizione delle parti del giudizio *a quo*[105].

Pertanto, l'efficacia generale[106] della sentenza di accoglimento andrebbe a costituire un precipitato del "sindacato" che i Costituenti si proponevano, di fatto, di istituire.

In sintesi, secondo questa ricostruzione dottrinale, gli effetti "normali" che conseguivano alla pronuncia della Corte costituzionale (in caso di accoglimento della questione di legittimità costituzionale) andavano a costituire un *prius* rispetto agli effetti generali.

In effetti, la Corte costituzionale "è chiamata a decidere per tutti […] ma sulla scorta di un caso singolo e concreto"; sussiste pertanto l'elemento dell'universalità nel momento in cui il Giudice delle leggi adotta la sentenza di accoglimento, ove tale profilo, e ciò interessa, "passa attraverso la

in "1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale", Corte costituzionale, Roma, 2006, p. 127. Ancora, sul punto cfr. A. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959 p. 462; sul punto si veda anche A. LOJODICE, *Profili di un'eventuale esecuzione del giudice costituzionale*, in "Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale", cit., p. 201.

103. 28 novembre 1947, seduta antimeridiana.

104. Cfr. G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, cit., p. 173.

105. Come si vedrà, la la tesi è attribuibile a M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., pp. 36 ss.

106. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Commento all'art. 136 Cost.*, cit., p. 184, ma anche G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, cit., p. 173.

strozzatura (il *particulare*) del giudizio in via incidentale, attraverso il portone aperto dal giudizio *a quo*"[107].

L'art 136 Cost. stabilisce innanzitutto "quale sia la conseguenza nell'ordinamento normativo della dichiarazione di incostituzionalità, operando quindi sul piano della vigenza delle fonti interessate"[108]; per questo motivo la sentenza di accoglimento della Corte costituzionale è "suscettibile di operare come fonte del diritto"[109].

L'efficacia *erga omnes* delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale ha fatto sostenere la natura – di kelseniana memoria – "legislativa" delle stesse[110]; e tuttavia, tale tesi non ha trovato ampio riscontro nella dottrina, dal momento che essa ha sostanzialmente riconosciuto alla Corte funzione giurisdizionale[111].

Se si considera il Giudice costituzionale quale "legislatore negativo", posto che le leggi hanno natura generale e astratta, la loro eliminazione dall'ordinamento positivo dovrebbe avere la medesima estensione dell'atto caducato[112].

Ebbene, lo si è in parte già accennato, l'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948 ha disegnato un nuovo volto all'attività posta in essere dalla Corte costituzionale, configurando un giudizio "di carattere generale, su un caso concreto"[113].

Si tratta, in effetti, di una rivoluzione "geneticamente ambigua", in quanto, in seguito all'entrata in vigore di tale legge, la Corte è stata chiamata a decidere per tutti sulla scorta di un caso singolo e concreto"[114]: in altre parole, "con la scelta dell'azione incidentale, qualificata però come esercizio giurisdizionale di diritto obiettivo, si manifesta quel sincretismo

107. Cfr. M. LUCIANI, *Considerazioni sul tema*, in "Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale", cit., pp. 291-292.

108. Cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., p. 15.

109. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi*, in "Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale", cit., p. 276.

110. B. BACCARI, *Natura giuridica delle pronunzie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale*, in "La Corte costituzionale (raccolta di studi)", cit., p. 194. Cfr. anche A. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale*, cit., p. 465.

111. Ancora B. BACCARI, Natura giuridica delle pronunzie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale, cit., p. 194.

112. In questo senso G. MONTELEONE, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizion*e, cit., 1984, p. 87.

113. Cfr. S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio* a quo, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 360.

114. Così M. LUCIANI, *Considerazioni sul tema*, in "Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale", cit., p. 291.

ideologico che aveva contraddistinto, fin dall'inizio, il dibattito sull'introduzione di un sindacato di costituzionalità delle leggi"[115].

Non è sconosciuto, più in generale, lo scetticismo che aveva accompagnato il Costituente e le Costituenti durante i lavori in Assemblea Costituente in punto di istituzione di uno "strano istituto" dal carattere "assolutistico"[116].

Come si è avuto modo di porre in evidenza, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione pesava il nodo problematico derivante dalla "scivolosa" formulazione dell'art. 136 Cost.

La l. cost. n. 1 del 1948, sancendo l'efficacia retroattiva della sentenza di accoglimento sul procedimento a *quo*, in seguito ulteriormente specificata e, in qualche modo, estesa dall'art. 30 della l. n. 87 del 1953, svolse un ruolo chiarificatore fondamentale[117].

In questo senso si è espressa la dottrina, secondo la quale l'entrata in vigore della legge costituzionale modificò profondamente la disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento, ancorando il giudizio costituzionale al valore di difesa dei diritti, a scapito della tutela "di principi dell'ordinamento, quali la certezza del diritto o la stabilità dei rapporti"[118], in questo modo legando le pronunce della Corte alle concrete esigenze concrete a applicative della legge[119], così ponendo in discussione la validità della legge stessa[120].

D'altra parte, una simile incertezza, per così dire, di sistema, trova la propria ragion d'essere nel passaggio da una Costituzione flessibile ad una Costituzione rigida, ove la legge è divenuta, di fatto, un atto normativo sottoposto al giudizio di costituzionalità e quindi passibile di "dichiarazione di nullità ovvero di annullamento"[121].

115. M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., p. 111. Si ricorda, come sostenuto dalla dottrina, non solo che il nome di Kelsen emerse una sola volta in Assemblea Costituente a proposito della controfirma sugli atti di natura presidenziale (cfr. T. GROPPI, *Aprire i cammini. Il contributo di Piero Calamandrei sulle vie di accesso alla Corte costituzionale*, in "Liber Amicorum per Pasquale Costanzo", *Consulta Online*, p. 2, nota n. 5), e G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, cit., p. 81, nota n. 14, ma anche che il sistema di *judicial review* americano non venne affatto considerato. In questo senso M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 80.

116. Così G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, cit., p. 81.

117. Si veda R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 183.

118. Così M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 85.

119. Cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., p. 13.

120. Così la dottrina di G. PINO, *Certezza del diritto e Stato costituzionale*, in (a cura di A. Apostoli, M. Gorlani), "Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto" (Atti del Convegno di Brescia, 24 novembre 2017), Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 21.

121. Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Wolters Kluwer, Milano, 2015, p. 4.

Con riferimento ad una ricostruzione di tipo-logico sistematico della scelta del sistema in via incidentale, non si può non ricordare la tesi secondo cui fu proprio la rilevanza attribuita dai Costituenti agli effetti "normali" della sentenza di accoglimento a discapito, evidentemente, di quelli invece "generali" e "innovativi", a porsi alla base (*ex post*) della *ratio* della l. cost. n. 1 del 1948.

Ha affermato la dottrina che in seguito all'approvazione dell'art. 128 del progetto di Costituzione[122], così come modificato dall'emendamento Arata, non si tornò più sul problema della retroattività della pronuncia fino alla prima legislatura repubblicana; pertanto, la ricostruzione di uno dei meccanismi centrali del sindacato di costituzionalità è dovuta, prevalentemente, a elaborazioni di natura dottrinale[123].

Pare significativo evidenziare che, rispetto ai lavori preparatori della l. n. 87 del 1953[124], si è scritto di una mancanza di argomenti sul ruolo della Corte e sui modi che di fatto le avrebbero permesso di esercitare il proprio sindacato[125].

In buona sostanza, la legge in questione sembra riflettere, nei fatti, la perdita di interesse nei confronti delle modalità di investitura della Corte costituzionale e del ruolo del cittadino-parte, e ciò forse alla luce del "venir meno, nella stessa classe politica, della tensione per la difesa delle libertà che invece animava i nostri Costituenti"[126].

Come sopra riportato, il principio di retroattività sembra costituire una mera esplicitazione (seppur a tratti contorta) di quanto contenuto implicitamente già nell'art. 136 Cost. e, successivamente, nell'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948[127].

122. Si consideri che il primo comma dell'art. 136 Cost. corrisponde al terzo comma dell'art. 128 del Progetto, mentre il primo comma del Progetto è divenuto l'art. n. 1 della l. cost. n. 1 del 1948; così F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, cit., p. 1731

123. Cfr. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., p. 30. In tema di approvazione della legge in discorso si veda G. FERRARI, *La difficile nascita della Costituzione*, in "1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale", cit., p. 1275.

124. Per una recente analisi sulla genesi della l. n. 87 del 1953 in Assemblea Costituente si veda C. NARDOCCI, *Il "diritto"al giudice costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 57-58.

125. Sul punto si veda l'attenta dottrina di M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., p. 148.

126. Cfr. ancora M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., p. 151.

127. Pare interessante segnalare che la legge costituzionale in questione non è stata richiamata dal Giudice costituzionale in occasione dell'adozione della sent. n. 10 del 2015 (al contrario del richiamo all'art. 136 Cost e all'art. 30 della l. n. 87 del 1953). Sul punto si veda A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 3 aprile 2015, pp. 1 ss.

Secondo altra parte della dottrina la coerenza del sistema sotteso alla disciplina degli effetti della declaratoria di incostituzionalità non sarebbe agevolmente individuabile in quanto la pregiudizialità del giudizio costituzionale non prova *altresì* che debbano giovarsi della declaratoria di incostituzionalità gli altri giudizi pendenti[128]: tali considerazioni hanno aperto la strada, in letteratura, a diverse censure di illegittimità costituzionale dell'art. 30 della l. n. 87 del 1953[129].

Oggi, soprattutto in seguito all'adozione della sent. n. 10 del 2015[130] e alla sent. n. 41 del 2021, il rinnovato dibattito intorno alla gestione degli effetti delle sentenze di incostituzionalità non può ignorare la problematica relativa alla prospettazione dell'incostituzionalità dell'art. 30, terzo comma, della l. n. 87 del 1953[131].

In questo caso, la ragione potrebbe avere un fondamento diverso, ovvero quello della consapevole volontà del Giudice delle leggi di "oscurare" la l. cost. n. 1 del 1948 in ragione della logica insita nella decisione stessa. Sul punto si veda anche F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 60, il quale, richiamando la legge costituzionale in questione, fa riferimento al definitivo tramonto dell'impostazione relativa all'efficacia meramente *pro futuro* della sentenza di accoglimento. In senso del tutto analogo si veda M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 87.

128. Così F. DELFINO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, Jovene, Napoli, 1970, p. 15.

129. Sul punto si veda F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., pp. 13 ss.

130. L'adozione della sentenza in discorso ha costituito un momento, per così dire, spartiacque rispetto al tema della graduazione degli effetti delle pronunce di incostituzionalità nel tempo; basti soltanto considerare che, un decennio fa, la dottrina amministrativa scriveva che "la Corte […] si è vista costretta ad articolare variamente i propri dispositivi, anche con riferimento all'efficacia temporale delle pronunzie, ma sempre individuando una illegittimità sopravvenuta come limite della retroattività, non permettendosi di definire una retroattività parziale o totale in relazione agli interessi in gioco". Così E. C. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, p. 283.

131. Si veda, sul punto F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 15. Si veda anche S. PANUNZIO, *Incostituzionalità 'sopravvenuta', incostituzionalità 'progressiva' ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 114. Problematizza anche A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., pp. 89 e ss.

Sulla prospettazione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 136 Cost. si veda F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema,* in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., pp. 13 ss.

In realtà, a ben vedere, se si sostiene l'impostazione per cui "l'efficacia retroattiva delle decisioni di accoglimento può ricavarsi già dalla lettura sistematica di questa norma con gli artt. 24 e 136 Cost."[132], diverrebbe del tutto irrilevante il tentativo di argomentare un vizio di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953.

Peraltro, come noto, in occasione della decisione n. 127 del 1966, come si vedrà più avanti, la Corte costituzionale ha di fatto sancito la "assoluta identità sostantiva"[133] tra l'art. 136 Cost. e l'art. 30, l. n. 87 del 1953, oltre che, naturalmente, la loro compatibilità.

Ancora, secondo una tesi dottrinale piuttosto nota, sarebbe opportuno fare riferimento alla categoria dello *ius superveniens* al fine di apprezzare il legame esistente tra il meccanismo in via incidentale e l'efficacia retroattiva prevista all'art. 30 della l. n. 87 del 1953, atteso che l'autorità giurisdizionale deve "tener conto della intervenuta dichiarazione di illegittimità della legge, nello stesso modo e con la stessa estensione di un *ius superveniens*"[134].

Alla tesi appena menzionata si riallaccia la possibilità di giustificare l'efficacia retroattiva delle pronunce di accoglimento facendo leva sul principio di uguaglianza.

Se, infatti, il sistema di giustizia costituzionale si caratterizza, in parte, per la presenza di un organo deputato, nello specifico, ad eliminare le fonti di primo grado non conformi ai principi costituzionali, la sollevazione da parte di un giudice della questione di legittimità costituzionale nel corso di un giudizio rispetto ad una norma non può esaurirsi nello stesso singolo procedimento, così da determinare "un privilegio accordato solo a colui che per la prima volta pensi a sollevare la questione"[135].

In caso contrario, vi sarebbe la lesione del principio di uguaglianza, oltre che dell'art. 24 Cost. e dell'art. 113 Cost[136]; afferma correttamente

Più di recente, si veda S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio* a quo, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., pp. 398-399.

132. Cfr. S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio* a quo, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 392.

133. Così, del tutto significativamente, F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, in *Giur.cost.*, 1963, p. 1738.

134. Cfr. G. AZZARITI, *La posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento dello Stato italiano*, cit., p. 127. Peraltro, secondo l'Autore sarebbe proprio la sussistenza della sopravvenienza del diritto che interessa i giudizi pendenti a fare propendere per la natura legislativa della Corte costituzionale.

135. Cfr. G. AZZARITI, *Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi*, in AA.VV., "Scritti giuridici in onore di A. Scialoja", Zanichelli, Bologna, vol. IV, 1953, p. 51.

136. Così la dottrina di R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., p. 14.

la dottrina che “gli effetti *devono* essere retroattivi pena la violazione del principio di eguaglianza nell’applicazione della legge”[137].

Eppure, come è stato attentamente osservato, il nesso appena evidenziato potrebbe avere natura facoltativa se si volesse considerare la monodimensionalità “propria degli studi di diritto interno”[138].

In altri termini, l’efficacia retroattiva potrebbe essere considerata alla stregua di una “opzione giuridica”[139].

Al di là dei profili problematici poc’anzi evidenziati e alla luce delle riflessioni appena svolte, sembra possibile affermare che il principio di retroattività si informa della caratteristica della *generalità* (peraltro, del comando contenuto nella disposizione in discorso, il quale si rivolge ai giudici: di qui le problematiche legate, di fatto, alla modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento, ove la parola non spetterebbe, in ultima istanza, ai giudici[140]), non conoscendo esso peraltro alcun limite se non quello dei c.d. rapporti esauriti[141]; il legislatore del 1953 si sarebbe mosso entro i confini tracciati dal legislatore costituzionale del 1948, riempiendoli anzi di contenuto fino ad *estenderli*, e ciò in ossequio al principio di uguaglianza e al principio di difesa.

Il tenore testuale dell’art. 30, terzo comma, della l. n. 87 del 1953, ha quindi plasmato l’efficacia *erga omnes* della declaratoria di incostituzionalità: se infatti l’art. 30 della l. n. 87 del 1953 fa riferimento alla disapplicazione della norma, allora tale disapplicazione non deve essere ritenuta riferibile soltanto al giudizio *a quo*, bensì anche agli altri giudizi ove rilevi la medesima questione di legittimità costituzionale.

Tanto chiarito, merita un cenno il significato che assume il termine “retroattività”: innanzitutto, riflettere sul concetto stesso di retroattività

137. Cfr. M. NICOLINI, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, in “Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato”, cit., p. 32.

138. In questo senso, è suggestiva la tesi di M. NICOLINI, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, in “Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato”, cit., p. 33.

139. Ancora M. NICOLINI, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, in “Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato”, cit., p. 34.

140. Sul punto si veda S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio* a quo, in “La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni”, cit., p. 395.

141. È proprio il profilo relativo alla *generalità* della forza retroattiva della declaratoria di incostituzionalità a costituire il punto di partenza per una riflessione problematica intorno alla gestione del processo costituzionale da parte del Giudice delle leggi.

costituisce un'operazione rilevante in quanto coinvolge più aspetti decisamente connessi tra loro, quali la funzione, il ruolo e la natura dell'organo di giustizia costituzionale[142].

Il fenomeno dell'efficacia retroattiva costituisce al tempo stesso un concetto a tratti scivoloso e difficilmente configurabile in termini precisi: si fa infatti riferimento alla "cosiddetta" retroattività[143] delle sentenze di accoglimento.

La retroattività di cui si discorre non è da intendersi nel senso dell'inveramento del collegamento di effetti di natura giuridica a fatti anteriori al momento in cui è entrata in vigore la legge.

Quanto appena riportato permette di aprire un inciso sull'istituto civilistico dei c.d. "rapporti esauriti".

Infatti, il tema degli effetti della declaratoria di incostituzionalità non si esaurisce, di fatto, con "l'applicazione letterale dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953"[144], ma interessa inevitabilmente il tema relativo all'identificazione della categoria entro cui si muovono i rapporti esauriti.

Come noto, questi ultimi consistono nel passaggio in giudicato, nella prescrizione, nella decadenza e nella transazione, categoria entro la quale vengono fatti rientrare gli istituti dell'arbitrato irrituale, dell'arbitraggio, del concordato tributario[145] e del condono fiscale, qualora contempli una richiesta del privato[146]; possono considerarsi esauriti anche "i rapporti definiti per effetto sia degli atti amministrativi non più impugnabili, sia di atti negoziali rilevanti sul piano sostanziale o processuale, nonostante l'inefficacia della norma dichiarata incostituzionale"[147].

In sede di analisi dell'istituto dei rapporti esauriti rileva la nota sent. n. 1 del 2014.

In quell'occasione la Corte costituzionale ha applicato "la categoria dei rapporti esauriti"[148] al fine di affermare che la dichiarazione di illegittimità

142. In questo senso si è espressa l'attenta dottrina di F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 58.

143. Sul punto si veda G. PARODI, *Commento all'art. 136 della Costituzione*, in (a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 2657.

144. Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., p. 36.

145. Come posto in evidenza da F. SAJA, *L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento*, in *Quaderni Costituzionali*, p. 1291; cfr. anche R. CAPONI, *In tema di "ius superveniens" sostanziale nel corso del processo civile*, in *Foro.it*, 1992, I, pp. 132 ss.

146. Così A. CERRI, Gli effetti delle decisioni di accoglimento della corte costituzionale e le preclusioni processuali, in *Foro.it*, 1993, p. 1206.

147. Cfr. A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistematica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, cit., p. 5.

148. Cfr. G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 384. Sul punto si veda anche il commento di A. PERTICI, *La Corte costituzionale dichiara l'incostitu-*

costituzionale "non tocca in alcun modo gli atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto"[149].

Come si può vedere dunque, il Giudice delle leggi, al fine di salvaguardare il buon andamento istituzionale e al fine di non creare un *deficit* di natura democratica, ha statuito di fare appello ai rapporti esauriti per preservare l'ordinamento da uno stato di "maggiore incostituzionalità"[150], o meglio, da un gravoso vuoto democratico-istituzionale. Secondo la Corte costituzionale, le elezioni svolte in applicazione della disciplina dichiarata incostituzionale "costituiscono, in definitiva, e con ogni evidenza, un fatto concluso, posto che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclamazione degli eletti. Del pari, non sono riguardati gli atti che le Camere adotteranno prima che si svolgano nuove consultazioni elettorali"[151].

Sulla base di tale affermazione, l'efficacia retroattiva della sentenza di accoglimento non si estende ai rapporti esauriti o consolidati[152], in quanto insuscettibili, di fatto, di contestazione[153].

La diatriba che ha interessato l'efficacia temporale dell'art. 136 Cost. assume un significato non soltanto dogmatico, ma anche e soprattutto pragmatico.

Infatti, come si è già avuto modo di vedere, il sistema di giustizia costituzionale italiano è un sistema di tipo misto, ove gli elementi tipici del sindacato accentrato, su cui si è espresso il Giudice delle leggi in occasione dell'adozione della sent. n. 40 del 1958, si intrecciano con quelli del sindacato diffuso[154].

zionalità della legge elettorale tra attese e sorprese (con qualche indicazione per il legislatore), in *www.forumcostituzionale.it*, 4 febbraio 2014, p. 3.

149. Cfr. la sent. n. 1 del 2014, Cons. in dir. p.to 7. Per un ragionamento intorno alla consequenzialità proclamazione-rapporti esauriti (diversa dalla consequenzialità convalida-rapporti esauriti), che rende del tutto peculiare la pronuncia in questione, si veda A. LO CALZO, La convalida delle elezioni e gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014, in *www.forumcostituzionale.it*, 12 marzo 2015, pp. 1-7.

Per un richiamo all'esperienza tedesca si veda F. BIONDI, *Auto-applicatività della normativa elettorale o paralisi del rinnovo dell'organo democratico? Prime note sulle conseguenze dell'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale in materia elettorale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2017.

150. Cfr. M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo*, 2014.

151. G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 384.

152. Cfr. T.A.R. Roma, sez. I, 29/10/2018, n. 10436 e Consiglio di Stato sez. VI, 29/01/2019, n. 732.

153. In questo senso G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 378. Ancora, si veda la dottrina di Così A. PIZZORUSSO, *Commento all'art. 136 Cost.*, cit., p. 184.

154. Cfr. Z. AKTHAR, *Italian Constitutional Court, Kelsen's Pure Theory and Solving 'Hard' Cases*, in *Italian Law Journal* 4, 1/2018, p. 24.

Tanto chiarito, ragionare sulla direzione temporale che assumono gli effetti della declaratoria di incostituzionalità implica la necessità di analizzare la natura della stessa declaratoria di incostituzionalità: si tratta, di fatto, di due profili intrinsecamente legati tra loro, che richiamano alla mente la diatriba relativa al ruolo negativo o positivo del Tribunale costituzionale.

La natura dichiarativa della pronuncia di accoglimento si riallaccia, infatti, all'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità; la natura costitutiva della stessa, invece, si combina con un'efficacia *pro futuro* dell'illegittimità costituzionale.

In tale intreccio si inserisce il tema dell'invalidità della legge, poiché a sua volta risulta essere intrinsecamente connesso con quello della natura della pronuncia con cui viene accertata tale invalidità[155].

Come significativamente affermato dalla dottrina, la natura della sentenza di accoglimento dipende dalla determinazione della nullità-inesistenza della legge oppure dalla "situazione di invalidità i cui effetti discendono dalla pronuncia della Corte"[156].

Occorre, innanzitutto, distinguere la categoria della nullità (e, per la verità, dell'annullabilità) da quella dell'inesistenza[157].

Afferma Zagrebelsky che la categoria dell'inesistenza riguarda, nello specifico, la riconducibilità all'ordinamento, mentre la nullità e l'annullabilità ineriscono il vizio, o meglio, una particolare configurazione del vizio di atti esistenti[158].

Pur non potendo analizzare *funditus* in questa sede quanto si sta per affermare, si consideri che la dottrina ha cercato di fornire un fondamento alla distinzione tra inesistenza e invalidità della legge facendo riferimento all'attività dei giudici nella loro veste di "portieri": se i giudici ritengono di sollevare questione di legittimità costituzionale, allora la legge, seppur invalida, sarà così configurata da avere, perlomeno, qualche profilo, per così dire, "di esistenza"; nel caso in cui, invece, i giudici non ritengano di sollevare questione di legittimità costituzionale, allora agiranno come se l'atto normativo non fosse mai venuto ad esistenza[159].

Il tema non è certamente appannaggio del solo diritto costituzionale, in quanto all'indomani dell'entrata in funzione della Corte costituzionale "il

155. Così si è opportunamente espresso F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 375.

156. Cfr. F. CUOCOLO, *Principi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 805.

157. Sul punto si veda la voce "Corte costituzionale", in *Enciclopedia del diritto*, X Contratto-Cor, Giuffrè, Milano, 1970, p. 898, ove si propende per l'invalidità dell'atto incostituzionale.

158. Così V. MARCENÒ, G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 197.

159. G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 198.

contrapposto fra illegittimità e inefficacia-inesistenza delle leggi offre un certo parallelismo con quello fra invalidità-annullabilità e nullità-inesistenza di altri provvedimenti o di negozii giuridici"[160], tanto è vero che la natura della decisione di accoglimento viene con fermezza qualificata da autorevole dottrina nel senso di una decisione che "secondo le categorie ricorrenti nel diritto processuale" corrisponde ad una decisione di accertamento[161].

Secondo i sostenitori della nullità della norma incostituzionale *ab origine*[162], la norma incostituzionale non produce alcun tipo di effetto e, conseguentemente, non vincola i soggetti che ne sono destinatari[163].

In altri termini, la norma incostituzionale è qualificabile *tamquam non esset*[164]: di qui la conseguenza logica della necessaria disapplicazione della norma da parte di ogni giudice, in seguito disciplinata dall'art. 30 della l. n. 87 del 1953[165].

Uno tra i primi sostenitori della natura dichiarativa della sentenza di accoglimento (e, quindi, della relativa nullità della norma incostituzionale) fu Azzariti, secondo il quale non era possibile in alcun modo negare alla pronuncia della Corte costituzionale "il suo carattere puramente dichiarativo di una validità preesistente"[166], in quanto "la legge incostituzionale, qualunque sia il difetto di forma o di sostanza, è invalida fino dall'origine e quindi inefficace"[167].

Nell'anno in cui entrò in funzione la Corte costituzionale la dottrina pareva conformarsi a tale tesi specifica, ponendo a fondamento di quest'ul-

160. Così autorevolmente E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 19, il quale accedeva alla tesi della nullità-inesistenza della legge contraddistinta da gravi vizi formali.

161. Così G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 629.

162. Cfr. sul punto V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1993, p. 350.

163. E. GARBAGNATI, *Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 420. Si veda anche F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, cit., p. 1739. Sul tema dell'obbligatorietà o meno della legge incostituzionale prima dell'intervento della sentenza di accoglimento si veda G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 271 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 349 ss.

164. Sul punto si veda E. GARBAGNATI, *Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 421.

165. Sul tema della disapplicazione si veda M. CAPPELLETTI, *Spunti da una discussione su problemi attuali della giustizia costituzionale*, cit., pp. 589-591.

166. G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, cit., p. 161. In questo senso di veda anche M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 207, il quale, però, era sostenitore della tesi dell'annullabilità della norma non conforme a Costituzione.

167. Così G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, cit., p. 197.

tima la natura giurisdizionale del Giudice delle leggi[168], alla quale consegue, logicamente, un'attività di puro accertamento.

Ancora, l'impossibilità di configurare la declaratoria di incostituzionalità nel senso di una sentenza costitutiva[169] potrebbe dipendere dal fatto che la Corte, nel momento in cui dichiara esistente il vizio di legittimità costituzionale, "non costituisce, modifica, o estingue rapporti giuridici con effetti tra le parti, i loro eredi o aventi causa, per usare l'espressione contenuta nell'art. 2908 cod. civ.", tanto è vero che l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, cioè la legge o l'atto avento forza di legge, non può essere considerato alla stregua di un rapporto giuridico o di un contratto[170].

Peraltro, se pure è contenuto nell'art. 136 Cost. il riferimento alla cessazione dell'efficacia, l'obbligo di non applicazione della legge dichiarata incostituzionale, interviene "[…] non già direttamente ad opera della pronuncia della Corte, bensì, in conseguenza dell'accertamento operato con la pronuncia di accoglimento, rispettivamente *ope constitutionis* e *ope legis*"[171].

Milita in questo senso anche la dottrina di Onida, secondo cui la legge incostituzionale è nulla e ha carattere non obbligatorio e non vincolante nei confronti dei privati cittadini e della pubblica amministrazione[172].

168. Cfr. P. CURCI, *La Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 80. Secondo Pinardi, due sarebbero i motivi per cui non sarebbe possibile appellarsi alla natura giurisdizionale dell'attività posta in essere dalla Corte costituzionale: l'efficacia *erga omnes* ex art. 136 Cost. della declaratoria di incostituzionalità e la sua non impugnabilità ex art. 137 Cost. Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio* a quo*: la Corte alla prova dei fatti*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 442.

In generale, sull'effetto di giudicato delle sentenze di accoglimento si veda A. PIZZORUSSO, *Effetto di "giudicato" ed effetto di "precendente" delle sentenze della Corte costituzionale*", in *Giur. cost.*, 1966, pp. 1976 ss.

169. *Contra* E. C. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., p. 283, il quale fa esplicitamente rifermento ad una pronuncia costitutiva di annullamento.

Tale orientamento viene confermato dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 11 gennaio 2013, n. 110. Cfr. V. SICARI, *Nota Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 11 gennaio 2013, n. 110*, in *www.dirittoamministrativo.it*, 2013.

A tal proposito rileva riportare quanto affermato da Romanelli, il quale affermava che l'efficacia irretroattiva non corrisponde all'essenza della costitutività, tanto è vero che l'efficacia retroattiva dell'annullamento discende dalla "dommatica accolta nel concetto di annullabilità", la quale "trova piena conferma nel diritto positivo". Così V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1939 - XVII, p. 344.

170. Cfr. G. MONTELEONE, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizion*e, cit., p. 81.

171. Si veda il *Commento all'art. 136*, in (a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 2657.

172. Cfr. V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 94 ss.

Quanto appena scritto permette di sostenere – *a contrario* – che tra l'efficacia solamente *pro futuro* della sentenza di accoglimento e la natura costitutiva della declaratoria di incostituzionalità sussiste un legame di natura quasi "genetica"[173].

La natura costitutiva della decisione della Corte costituzionale, o, anche, la natura dell'accertamento con effetti costitutivi[174], costituisce il perno intorno al quale ruota la tesi dell'annullabilità della norma incostituzionale, piuttosto diffusa nel panorama dogmatico della giustizia costituzionale italiana.

Non è forse un caso che, come è stato affermato, i Costituenti pensavano di avere introdotto un sistema di *Verfassungsgerichtsbarkeit* modellato su quello delineato dalla Costituzione austriaca[175].

Ancora, di interesse è quanto affermato da Ruini nella Relazione che accompagna il Progetto di Costituzione della Repubblica italiana, a proposito del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore in punto di declaratoria di incostituzionalità: "[s]i è ritenuto che, una volta sollevata, in un modo o nell'altro, la questione sia da risolvere con portata generale. La legge costituzionale resta priva di ogni efficacia, ed il Parlamento prenderà le misure di sua competenza: o sostituire quella legge con un'altra costituzionalmente corretta, o addivenire alla sua regolarizzazione con procedimento di revisione costituzionale".

Similmente, nella Relazione all'Assemblea Costituente, Volume I, Problemi costituzionali, Organizzazione dello Stato, si legge che il principio che caratterizza il contenuto "della funzione giurisdizionale, la quale consiste nella applicazione della legge al caso concreto", si distingue dai poteri attribuiti dalla Costituzione alla Corte costituzionale, "giacché, secondo le proposte di cui già si disse, la Corte costituzionale avrebbe il potere di annullare per incostituzionalità la legge ordinaria con effetti *erga omnes*"[176].

La natura costitutiva dell'annullamento viene descritta mediante il ricorso ad un sillogismo: se l'annullamento provoca l'eliminazione della rilevanza, e quindi dell'efficacia attribuita ad un atto invalido, allora la pronuncia che determina l'annullamento ha efficacia di natura costitutiva[177].

173. M. S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 914. Dello stesso avviso l'autorevole dottrina di F. PIERANDREI, *Validità e invalidità di leggi anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1949, p. 182.

174. G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., p. 629; A. PIZZORUSSO, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, p. 380.

175. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 2423.

176. Cfr. Relazione all'Assemblea Costituente, Volume I. Problemi costituzionali. Organizzazione dello Stato, Roma, Stabilimenti Tipografico Fausto Pailli, 1946, p. 31.

177. Così E. CANNADA BARTOLI, voce *Annullabilità e annullamento* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 496.

Secondo alcuni, la categoria dell'annullabilità della norma incostituzionale è l'unica che può porsi in armonia con la funzione esercitata dalla Corte costituzionale, cioè quella di controllare la costituzionalità dell'ordinamento giuridico: afferma Crisafulli che un'invalidità che non può che essere accertata da un singolo organo "si risolve [...] in una forma di annullabilità, e non di nullità"; inoltre, qualora non intervenisse la sentenza della Corte costituzionale, la "norma seguiterebbe ad avere vigore, e dunque ad esplicare l'efficacia che le è propria *come* se fosse valida"[178].

In definitiva, è possibile affermare che la sentenza di accoglimento ha natura costitutiva non solo nel senso che rende certa l'invalidità di una norma (in quanto incostituzionale), ma anche nel senso che si pone alla base di un "divieto generalizzato di applicare – o, se si preferisce, di un obbligo generalizzato di disapplicare – la legge incostituzionale, obbligo insussistente, in altri termini, prima della decisione"[179].

Infine, secondo Pierandrei, sarebbe inesatta la definizione della declaratoria di incostituzionalità nel senso di una sentenza avente natura dichiarativa, non essendo stata accolta nell'ordinamento italiano la *ratio* del dogma della nullità della norma incostituzionale[180].

Secondo la dottrina di Zagrebelsky[181], accolta con particolare favore in letteratura[182], la sentenza di accoglimento avrebbe natura ibrida, cioè di accoglimento con effetti costitutivi.

Secondo tale suggestiva tesi, quando la Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità di una norma, a quel punto si apre *il* problema costituzionale[183], rispetto al quale viene lasciato un ampio spazio di intervento ad altri soggetti istituzionali, come i giudici e il legislatore.

A questo proposito pare opportuno richiamare la prassi delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, le quali intervengono propriamente nel "problema costituzionale" al fine di rimuoverlo.

178. Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 389.

179. Cfr. *Commento all'art. 136*, in (a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 2658.

180. Sul punto si veda F. PIERANDREI, *Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale*, CEDAM, Padova, 1995, p. 274.

181. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 259.

182. *Commento all'art. 136*, in (a cura di R. R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 2657.

183. Pare interessante notare, sul punto, che in sede di Assemblea Costituente, l'On. Bozzi aveva affermato che, una volta pronunciata l'incostituzionalità di una norma, essa cessa di avere efficacia; pertanto, i poteri del Parlamento sarebbero del tutto esauriti, e non sarebbe quindi immaginabile una reazione da parte del Governo o del Parlamento, così come configurato, invece dall'On. Cappi. Cfr. la seconda Sezione della seconda Sottocommissione per la Costituzione nella seduta del 24 gennaio 1947.

Esposito, così come Zagrebelsky, sosteneva la tesi della natura della sentenza di accertamento dotata di effetti costitutivi: la Corte costituzionale non rende nulle le norme, bensì ne "rende certa la loro nullità"[184].

Il fatto di "rendere certa" la nullità di una norma incostituzionale non implica un'operazione di "mero accertamento", dal momento che "la dichiarazione della Corte è ammissibile solo di fronte alle leggi efficaci, ed in grado di attuarsi; e perciò rispetto alle leggi di per sé inefficaci, un inutile ricorso alla Corte è inammissibile"[185].

3. L'art. 136 Cost. in Assemblea Costituente. Alcuni spunti rispetto alla prassi temporalmente manipolativa tedesca

Nel presente paragrafo si analizzeranno alcuni profili relativi all'art. 136 Cost. che, in parte, si intrecciano con i nodi problematici che hanno spinto il *BVerfG* a sviluppare una giurisprudenza temporalmente manipolativa.

Tanto chiarito, in ragione dell'ambiguità di fondo del testo letterale dell'art. 136 Cost.[186] si era determinata, come accennato, "un'aperta divergenza di opinioni fra la Corte costituzionale e le sezioni civili della Corte di cassazione, da un lato, e le sezioni penali della stessa Corte di cassazione, dall'altro"[187].

D'altra parte, lo stesso Presidente della Commissione per la Costituzione Meuccio Ruini, nella Relazione che accompagna il Progetto di Costituzione della Repubblica italiana, aveva affermato che, nei lavori in Assemblea Costituente, si era cercato di "semplificare, e forse non si poteva dippiù, questa materia per sua natura aggrovigliata"[188].

184. Cfr. C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi*, cit., p. 271.

185. Cfr. ancora una volta C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi*, cit., p. 279.

186. M. RUOTOLO, *Ambiguità della Corte o arbitro del giudice? Il "seguito" abnorme e contraddittorio della sentenza n. 10 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1078, il quale fa riferimento al requisito della letteralità nel senso di un argomento "debole".

187. Così E. GARBAGNATI, *Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 411. In questo senso anche D'Amico, la quale evidenzia che il tema dei limiti all'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento si era di fatto posto sin dai primi anni di lavoro del Giudice costituzionale. Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., p. 37.

188. Cfr. la Relazione del Presidente della Commissione per la Costituzione Meuccio Ruini che accompagna il Progetto di Costituzione della Repubblica italiana.

Come si accennava, i lavori preparatori della Costituzione non svolsero la funzione di agevolare l'identificazione dell'ambito operativo entro cui si muove l'efficacia della sentenza di accoglimento, non potendosene trarre "una chiara indicazione in favore dell'estensione solo *pro futuro* o anche *pro praeterito* delle decisioni di accoglimento"[189].

Peraltro, il profilo relativo alla disciplina dell'attivazione del giudizio costituzionale costituiva, in origine, "un blocco unico con il regime degli effetti delle decisioni[190]".

Infatti, l'originario art. 136 Cost. doveva disciplinare le modalità di accesso alla Corte costituzionale: in seguito, il profilo relativo all'instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale, comprensivo altresì della specificazione dei soggetti competenti a sollevare il giudizio di costituzionalità[191], venne di fatto "amputato" in sede di coordinamento, in tal modo consegnando alla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento una forma del tutto autonoma[192].

Più in generale, il dibattito relativo all'istituto della Corte costituzionale ha conosciuto tempi ristretti, tanto è vero che la relazione dei 75 al progetto di Costituzione "invocava, quasi a giustificazione degli aspetti lasciati

189. Così M. NICOLINI, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, in "Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato", cit., p. 17.

Sul punto, meno recentemente, si veda anche G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano. Il sindacato incidentale*, cit., p. 6.

190. Cfr. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., p. 32.

191. Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 43.

192. Come noto, il provvedimento Arata rinviò ad un momento successivo la regolamentazione dell'accesso al Giudice delle leggi. Cfr. R. ROMBOLI, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo* a quo *la norma dichiarata incostituzionale* ab origine: *natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, cit., p. 1. Ancora, si segnala come "la questione delle vie di accesso al giudizio sulle leggi fu lasciata aperta al momento dell'approvazione della Costituzione, con l'emendamento Arata, che introdusse il rinvio, nel primo comma dell'art. 137, a una successiva legge costituzionale". Così T. GROPPI, *La Corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, p. 412.

Secondo l'On. Arata, infatti, come evidenziato anche da Troisi in M. TROISI, *Incidentalità e giudici* a quibus, in (a cura di, G. Campanelli, G. Famiglietti, R. Romboli), "Il sistema 'accentrato' di costituzionalità". Atti del Seminario annuale dell'Associazione 'Gruppo di Pisa', cit., p. 67, era "conveniente non addentrarci ora in problemi di carattere esclusivamente procedurale, ma lasciare questa parte alla legge, la quale stabilirà come potranno sorgere e come dovranno essere avviate le questioni di incostituzionalità, stabilendo chi sarà legittimato a proporle ed in quali termini potranno essere svolte". Cfr. On. Arata nella seduta del 29 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente.

ancora aperti o di talune residue perplessità ed incoerenze, la novità dell'istituto, la scarsità dei precedenti e delle prove e la conseguente difficoltà a risolvere i suoi problemi"[193].

Tanto premesso, chi scrive intende riportare di seguito i passaggi salienti che hanno interessato la discussione dell'art. 136 Cost., ponendo in evidenza, laddove possibile, alcune analogie con l'attuale disciplina dell'efficacia delle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

Tale indagine pare rendersi opportuna alla luce della considerazione secondo cui il presente lavoro intende illuminare alcune criticità sottese ai meccanisimi della giustizia costituzionale attraverso l'indagine delle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

Nella seduta del 2 dicembre 1947, l'Assemblea costituente prosegue l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo VI della Parte seconda del progetto di Costituzione: 'Garanzie costituzionali'.

Il testo dell'art. 128 era il seguente: "Quando, nel corso di un giudizio, la questione d'incostituzionalità di una norma legislativa è rilevata d'ufficio o quando è eccepita dalle parti, ed il giudice non la ritiene manifestamente infondata, la questione è rimessa per la decisione alla Corte costituzionale.

La dichiarazione d'incostituzionalità può essere promossa in via principale dal Governo, da cinquanta deputati, da un Consiglio regionale, da non meno di diecimila elettori o da altro ente od organo a ciò autorizzato dalla legge sulla Corte costituzionale.

Se la Corte, nell'uno o nell'altro caso, dichiara l'incostituzionalità della norma, questa cessa di avere efficacia. La decisione della Corte è comunicata al Parlamento, perché, ove lo ritenga necessario, provveda nelle forme costituzionali".

Tanto premesso, in quella seduta l'On. Mortati presentava un testo rilevante in punto di sospensione di efficacia della norma dichiarata incostituzionale: "[l]a questione di illegittimità costituzionale di una norma o atto avente forza di legge, che sia rilevata di ufficio nel corso di un giudizio o sollevata dalle parti e non sia ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa per decisione alla Corte costituzionale.

Il ricorso per illegittimità costituzionale può essere prodotto direttamente innanzi alla Corte costituzionale nel termine che sarà fissato dalla legge, da chi pretenda direttamente leso dalla norma un suo diritto o interesse legittimo, e, inoltre, anche senza questo interesse, dal Governo o da un decimo dei membri di ciascuna Camera.

La sentenza della Corte costituzionale che dichiara la incostituzionalità di una norma è pubblicata nei modi prescritti per le leggi entro 15 giorni

193. Cfr. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, cit., p. 104.

dalla sua emissione ed ha per effetto la sospensione della efficacia della norma.

Il Parlamento provvede alla sua abrogazione, procedendo al regolamento dei rapporti che sia reso da essa necessario"[194].

L'On. Ruini[195], nel commentare la proposta di Mortati, che si iscrive nel contesto di un forte raccordo tra Corte costituzionale e Parlamento nell'opera di abrogazione della norma incostituzionale, in qualche modo simile all'esperienza tedesca, escluso, naturalmente, il riferimento all'abrogazione della norma incostituzionale, aveva manifestato dubbi rispetto alla previsione della sospensione dell'efficacia della norma.

Sarebbe stata infatti da respingere "la figura della sospensione, mantenendo quella della cessazione d'efficacia"[196], poiché "è perfettamente logico e coerente al sistema della dichiarazione di incostituzionalità che la legge dichiarata illegittima cessi d'aver efficacia; ed è preferibile e più riguardoso pel Parlamento non chiedergli, quasi come atto obbligato, che esso abroghi la norma"[197].

Rilevante è anche la proposta che era stata avanzata dall'On. Calamandrei nella II Sezione della II Sottocommissione, discussa nel gennaio del 1947[198].

Da un lato, essa intendeva limitare al caso specifico l'efficacia del controllo esercitato dalla Corte costituzionale; dall'altro, prevedeva un'efficacia di natura meramente dichiarativa dell'incostituzionalità della legge, non potendo il Giudice delle leggi abrogarne o sospenderne l'efficacia[199].

L'On. Calamandrei, infatti, aveva rilevato in sede di lavori preparatori la problematica sottesa al conferimento di un'efficacia *erga omnes* alla declaratoria di incostituzionalità, attribuendo alla Corte costituzionale un "vero e proprio potere legislativo"[200], tanto è vero, che, come è stato segna-

194. Seduta del 2 dicembre 1947.

195. Sul rapporto tra l'On. Ruini e il modello di giustizia costituzionale austriaco si veda C. MARGIOTTA BROGLIO, *La Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano*, in *Quaderni Costituzionali*, 2000, p. 356.

196. Così l'On. Ruini nella seduta del 2 dicembre 1947.

197. L'On. Ruini nella seduta del 2 dicembre 1947.

198. Calamandrei voleva operare una sintesi tra i sistemi di giustizia costituzionale esistenti; cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 76.

199. Cfr. A. PARODI, *Commento all'art. 136 della Costituzione*, cit., p. 2649. L'art. 33 del Progetto presentato da Calamandrei prevedeva che il Governo o l'Assemblea stessa avrebbero potuto proporre una legge modificativa o abrogativa della legge di fatto dichiarata incostituzionale, e che in caso di bocciatura si sarebbe verificata la sospensione della legge incostituzionale. Cfr. M. BATTAGLINI, M. MININNI, *Manuale legislativo della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 1957, p. 69.

200. Così l'On. Calamandrei nella seduta del 22 gennaio 1947. Della medesima opinione era anche l'On. Preti, il quale aveva affermato: "L'onorevole Nitti ha proposto che il

lato, solo "attraverso un ricorso alle sezioni Unite della Corte costituzionale si sarebbe giunti ad una decisione di carattere generale"[201].

Per ovviare ad una simile contrapposizione tra poteri, il Calamandrei aveva suggerito "che, in seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale, gli organi legislativi dovessero immediatamente promuovere la procedura per la modificazione della legge"[202]; in questo senso rileva la scelta per un "controllo tecnicamente molto diverso da quello diffuso"[203], tanto è vero che il Padre Costituente si sarebbe fatto portavoce dei principi della *Verfassungsgerichtsbarkeit*[204], affermando che in seguito all'entrata in vigore della Corte costituzionale il giudice non avrebbe più esercitato nemmeno quel limitato sindacato formale di costituzionalità che gli era riconosciuto[205], poiché alla sola Corte costituzionale sarebbe spettato "il sindacato in via principale su quei vizi materiali che ne producono soltanto la annullabilità"[206].

Vi è di più.

Il timore di un'efficacia quasi "legislativa" attribuibile alle sentenze di accoglimento aveva generato timore anche rispetto all'attività dei giudici.

Il Costituente si chiedeva, infatti, che cosa avrebbero dovuto fare i giudici nell'intervallo di tempo previsto in capo al legislatore al fine di permettergli di modificare la legge dichiarata incostituzionale.

Ebbene, quanto appena evidenziato costituisce un profilo rilevante nell'ambito della giustizia costituzionale tedesca, ove il legislatore è di fatto chiamato, a fronte dell'adozione di una *Unvereinbarkeitserklärung*, a

giudizio di costituzionalità sia deferito alla Corte di cassazione a sezioni unite. Ora, io non ci trovo nulla di strano. (*Interruzioni al centro*). Naturalmente l'onorevole Perassi ha fatto una giustissima osservazione, da quel grande giurista ch'egli è. Ha, cioè, osservato che la sentenza della Corte di cassazione potrà solamente avere valore per il caso concreto. Ed è logico, perché, se l'efficacia della sentenza della Corte di cassazione potesse estendersi al di là del caso concreto, noi addirittura metteremmo la Corte stessa al di sopra del Parlamento. D'altronde non mi sembra che noi dobbiamo andar oltre, sino a richiedere un giudicato avente efficacia *erga omnes*. Una volta che la Corte di cassazione abbia pronunciata la incostituzionalità di una legge, spetterà poi al Parlamento, nella sua responsabilità politica, trarne le conseguenze. Il Parlamento, che esprime la sovranità della Nazione, farà come meglio crederà. E se la Suprema Corte di cassazione avrà bene giudicato dell'incostituzionalità della legge, un Parlamento democratico prenderà le opportune decisioni".

201. Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 77.

202. Così l'On. Calamandrei nella seduta del 22 gennaio 1947.

203. Cfr. M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., p. 106.

204. A. PIZZORUSSO, *Commento all'articolo 134*, cit., p. 70. Di recente la dottrina ha fatto riferimento al Calamandrei quale il Hans Kelsen italiano. Cfr. T. GROPPI, *Aprire i cammini. Il contributo di Piero Calamandrei sulle vie di accesso alla Corte costituzionale*, cit., p. 3.

205. Cfr. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale*, cit., p. 404.

206. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale*, cit., p. 405.

rimuovere il vizio di legittimità costituzionale entro il termine previsto dal *BVerfG*: nel frattempo, di regola, i giudici sono chiamati a sospendere il processo e, conseguentemente, a non fare applicazione della norma dichiarata incompatibile fino all'intervento legislativo.

Nella seduta del 22 gennaio 1947, l'On. Calamandrei affermando che "la Magistratura si troverebbe di fronte ad una legge dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema, ma che sarebbe tuttavia legge in quanto non ancora modificata dagli organi legislativi"[207].

Pare interessante porre in evidenza il fatto che la tensione tra Tribunale costituzionale e giudici nell'attesa dell'intervento riformatore del Parlamento qualifica una variante peculiare delle decisioni di incompatibilità tedesca, quella che prevede il "blocco" di applicazione della norma dichiarata incompatibile: per questa ragione, costituisce un elemento fondamentale per la concretizzazione dei valori costituzionali un tempestivo intervento da parte del legislatore tedesco.

La proposta presentata dall'On. Calamandrei fu accantonata in sede di lavori dell'Assemblea Costituente in quanto avrebbe di fatto determinato un indebolimento dell'autorità del Giudice costituzionale, così facendo regredire il suo giudizio sulla legge ad un mero parere[208].

Di seguito, a fronte dell'intervento della declaratoria di incostituzionalità, l'On. Cappi proponeva la sospensione degli effetti della legge: "ciò è inevitabile, perché nella Costituzione che si sta elaborando è detto in modo inequivocabile che la dichiarazione di incostituzionalità della legge spetta ad un determinato organo, e che il giudice non può applicare la legge in attesa delle decisioni di questo"[209].

A differenza del Calamandrei, l'On. Cappi non sosteneva fosse il Parlamento a dovere intervenire sulla legge dichiarata incostituzionale, ma riteneva fosse il Governo a doversi attivare, con procedura d'urgenza, così da proporre alle Camere l'abrogazione o la modifica della stessa[210].

Si opponeva a tale proposta l'On. Ambrosini, il quale sosteneva, con riferimento alla dichiarazione di incostituzionalità, che non si potessero imporre obblighi eccessivi al Governo e al Parlamento.

207. 22 gennaio 1947, Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione prosegue la discussione sulla Suprema Corte costituzionale.

208. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., p. 630.

209. Cfr. l'On. Cappi nella seduta del 24 gennaio 1947 della la seconda Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

210. L'articolo proposto dall'On. Cappi recitava così: "una legge dichiarata incostituzionale rimane sospesa. Il Governo dovrà, con procedura d'urgenza, proporne alle Camere l'abrogazione o la modifica. In caso di rigetto della proposta, il Governo dovrà promuovere la revisione della Costituzione".

Al contrario, l'esperienza tedesca delle decisioni di incompatibilità mostra come il raccordo tra Parlamento e Giudice delle leggi sia funzionale alla piena realizzazione della *ratio* della declaratoria di incostituzionalità (*rectius*: di incompatibilità).

La proposta dell'On. Leone, quest'ultimo non a caso decisamente affascinato dalla Corte costituzionale austriaca[211], si caratterizza per la promozione di un forte potere di gestione degli effetti delle pronunce da parte della Corte costituzionale[212].

Essa prevedeva la possibilità di dichiarare eventualmente la nullità della norma entro tre mesi dalla pubblicazione della norma stessa; l'efficacia della dichiarazione dell'incostituzionalità avrebbe avuto natura retroattiva, quindi "dal giorno in cui è entrata in vigore la legge"[213].

Secondo l'On. Leone, l'efficacia *ex tunc* sarebbe stata l'unica ipotesi coerente, "essendo la decisione della Corte una pronuncia di annullamento"[214].

Il 24 gennaio 1947 fu approvato l'art 7. presentato dall'On. Bozzi, secondo cui la "pronuncia di incostituzionalità è comunicata dalla Corte al Parlamento, il quale o abroga la legge o procede alla revisione costituzionale di essa. Sino al momento della deliberazione del Parlamento l'efficacia della legge è sospesa"[215].

211. A.C., Atti della Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, vol. II: Relazioni e proposte, Roma, 1946, pp. 214-215.

212. Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 79.

213. G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., p. 630. Cfr. l'On. Leone nella seduta del 24 gennaio 1947.

214. Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 79.

215. Tale previsione si avvicina di molto, quanto alla *ratio*, al c.d. Ddl Vignali, mai approvato e presentato il 15 marzo 2013 alla Camera dei Deputati. Esso prevedeva all'art. 1 la sostituzione dell'attuale tenore testuale dell'art. 136 con la seguente dicitura: «Art. 136. – La decisione con cui la Corte accoglie l'impugnazione di una norma di legge o di atto avente forza di legge ha efficacia meramente dichiarativa dell'illegittimità costituzionale della norma stessa; la Corte non può abrogarla né sospenderne l'efficacia. La decisione della Corte è pubblicata e comunicata al Governo e alle Camere ovvero alla Giunta e al Consiglio regionale interessati.

Ove la decisione riguardi una legge dello Stato, il Governo, appena informato della dichiarazione di illegittimità costituzionale, prende l'iniziativa di proporre alle Camere una legge abrogativa o modificativa della legge dichiarata incostituzionale; la stessa iniziativa può essere presa direttamente dalle Assemblee. Il disegno di legge è esaminato dalle Camere con procedura d'urgenza.

Qualora tale disegno di legge non sia approvato entro il termine dei sei mesi successivi, elevato a nove mesi se trattasi di legge costituzionale, le stesse Assemblee legislative dichiarano cessata l'efficacia della legge dichiarata incostituzionale.

Ove la decisione riguardi una legge regionale, la Giunta regionale propone al Consiglio regionale una legge abrogativa o modificativa della legge regionale dichiarata inco-

In seguito, il testo definitivo del Progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione fu, come noto, il seguente, relativo all'art. 128: "Quando, nel corso di un giudizio, la questione d'incostituzionalità di una norma legislativa è rilevata d'ufficio o quando è eccepita dalle parti, ed il giudice non la ritiene manifestamente infondata, la questione è rimessa per la decisione alla Corte costituzionale.

La dichiarazione d'incostituzionalità può essere promossa in via principale dal Governo, da cinquanta deputati, da un Consiglio regionale, da non meno di diecimila elettori o da altro ente ed organo a ciò autorizzato dalla legge sulla Corte costituzionale.

Se la Corte, nell'uno o nell'altro caso, dichiara l'incostituzionalità della norma, questa cessa di avere efficacia. La decisione della Corte è comunicata al Parlamento, perché, ove lo ritenga necessario, provveda nelle forme costituzionali".

Infine, il testo coordinato dal Comitato di redazione prima della votazione finale in Assemblea, distribuito il 20 dicembre 1947 fu: "Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali".

La versione definitiva dell'art. 136 Cost. ricalcava l'art. 125 del Progetto approvato dalla Commissione dei settantacinque, qualificandosi per la vicinanza al modello austriaco quanto al regime degli effetti[216].

In conclusione, come si può notare, in sede di lavori preparatori suscitò molto interesse (nonché una forte preoccupazione) il rapporto tra la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale di una norma e l'intervento di organi costituzionali "dialoganti" con il Giudice delle leggi.

In effetti, tale preoccupazione si pone (ancora) oggi al centro del dibattito relativo ai nuovi schemi decisionali di "raccordo" elaborati dalla Corte costituzionale, con specifico riferimento al "caso Cappato", a quello del "carcere ai giornalisti" e, infine, a quello dell'"ergastolo ostativo".

stituzionale; la stessa iniziativa può essere presa direttamente dai membri del Consiglio regionale. La proposta è esaminata dal Consiglio regionale con procedura d'urgenza.

Qualora tale proposta non sia approvata entro il termine dei tre mesi successivi, il Consiglio regionale dichiara cessata l'efficacia della legge regionale dichiarata incostituzionale».

216. Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 9.

3.1. *La proposta di Perassi: una modulazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità* ante litteram*?*

In sede di lavori preparatori fu proposto un emendamento diretto "ad introdurre nel nostro sistema la possibilità, secondo il modello austriaco, di differire gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità"[217].

Si tratta della proposta dell'On. Perassi, che si incentrava sull'opportunità di far decorrere la cessazione di efficacia della legge dichiarata incostituzionale dalla pubblicazione della decisione, salvo che la Corte non avesse avuto la necessità di fissare ad altro effetto un termine (comunque non superiore a sei mesi).

L'emendamento dell'On. Perassi, vicino alla cultura giuridica tedesca ed austriaca[218], fu ispirato, come dichiarato dallo stesso, dall'emendamento di Mortati[219], il quale portò il Costituente a considerare una peculiare modalità di estrinsecazione degli effetti delle sentenze di accoglimento, molto simile alla *ratio* dell'istituto austriaco della *Fristsetzung*[220].

Affermava l'On. Perassi, in tal modo riprendendo il pensiero kelseniano, che "cessando l'efficacia di una norma giuridica, si possono in certi casi presentare delle situazioni delicate, in quanto può darsi che la cessazione di questa norma dia luogo a qualche inconveniente, se non si provvede"[221].

Come noto, lo stesso Kelsen ebbe modo di affermare che sarebbe "opportuno, in ogni caso, sempre nell'interesse della certezza del diritto, non attribuire, in linea di principio, effetti retroattivi all'annullamento delle norme generali, quanto meno nel senso di lasciar sussistere tutti gli atti giuridici anteriormente posti in essere sulla base di tali norme"[222].

Inevitabile è l'accostamento con uno dei campi di applicazione delle decisioni di incompatibilità tedesche, il c.d. argomento basato sulle conseguenze giuridiche (c.d. *Rechtsfolgenargument*), che porta il *BVerfG* a rinunciare all'adozione della declaratoria di incostituzionalità.

217. Come osservato da M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 9.

218. Così S. VOLTERRA, *La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni con particolare riguardo agli Stati Uniti*, in (a cura di U. De Siervo), "Scelte della Costituente e cultura giuridica", Vol. I, Costituzione italiana e modelli stranieri, il Mulino, Bologna, 1980, pp. 162-163.

219. Precisamente, nella seduta del 2 dicembre 1947, in cui l'Assemblea Costituente prosegue l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo VI della Parte seconda del progetto di Costituzione: "Garanzie costituzionali".

220. Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 41.

221. Cfr. la seduta del 2 dicembre 1947.

222. H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 191.

Alla luce di tale timore, l'On. Perassi aveva insistito sull'opportunità che la Corte costituzionale potesse indicare un termine dal quale cominciasse "ad avere effetto la cessazione di efficacia, termine al quale io ho messo, nel mio emendamento, il limite massimo di sei mesi"[223].

Ebbene, l'On. Perassi faceva riferimento all'opportunità di prevedere, in capo alla Corte, la possibilità di adottare eventuali norme transitorie entro il lasso di tempo configurato nel massimo di sei mesi, "per provvedere in conseguenza, adottando, eventualmente, le norme che, secondo i casi, occorrono"[224].

Innegabile, anche in questo caso, è la vicinanza del ragionamento svolto dal Costituente alla *ratio* che si pone alla base della prassi "flessibile" delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, allorquando il *BVerfG* decida di integrare la decisione di incompatibilità con una disciplina transitoria.

Senza entrare nel presente paragrafo nel merito di tale tecnica decisionale, balza immediatamente agli occhi la natura pragmatica della giurisprudenza del *BVerfG*, il quale ha cercato, al di là di qualsivoglia regolamentazione, di ovviare agli ostacoli tipici del "taglio netto" che caratterizza la declaratoria di incostituzionalità, pienamente colti dall'On. Perassi.

Per queste ragioni veniva richiamata l'esperienza austriaca, in quanto la relativa Costituzione consente al *Verfassungsgerichtshof* di allontanare nel tempo, e precisamente nel futuro, il momento a partire dal quale decorrono gli effetti propri della declaratoria di incostituzionalità[225].

Si dichiarò contrario alla proposta appena menzionata l'On. Ruini, secondo il quale una simile disciplina dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità avrebbe comportato una situazione gravida di conseguenze onerose, ove, in particolare, i tribunali avessero continuato "ad applicare una norma incostituzionale"[226].

Ancora una volta sembra opportuno richiamare la prassi del Tribunale costituzionale federale tedesco che adotta la decisione di incompatibilità integrata dall'ordine di applicazione della norma incompatibile, la c.d. *Fortgeltungsanordnung*, in base alla quale la norma dichiarata non conforme a Costituzione diviene oggetto di applicazione da parte dei giudici fino al futuro intervento legislativo.

Nonostante le ricche riflessioni che furono sviluppate in Assemblea Costituente in tema di declaratoria di incostituzionalità, la rapidità della

223. Cfr. la seduta del 2 dicembre 1947.

224. Cfr. la seduta del 2 dicembre 1947.

225. Per uno studio intorno agli effetti della declaratoria di incostituzionalità nell'ordinamento austriaco si veda B. CARAVITA, *Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi*, *Vol I, La Corte costituzionale austriaca*, cit.

226. Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 41.

discussione sulla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento impedì ai Costituenti di vagliare *funditus* le conseguenze derivanti dalla configurazione dell'efficacia in discorso (anche rispetto al rapporto con il futuro intervento legislativo)[227].

Inoltre, a fondamento "dell'inibizione di qualunque determinazione della Corte costituzionale circa la sorte della legge dichiarata incostituzionale e le conseguenze di questa dichiarazione"[228], si pone il principio di supremazia della democrazia rappresentativa e il principio della separazione dei poteri[229].

In letteratura si è affermato che il Parlamento degli anni appena successivi all'entrata in vigore della Costituzione non aveva del tutto considerato le conseguenze derivanti dall'adozione della sentenza di accoglimento, atteso che "quando il legislatore del '53 scrisse quel povero art. 30, come sempre succede – basterebbe pensare alla Carta costituzionale nel suo complesso – esso aveva presenti esperienze del suo passato e del suo presente in ordine agli annullamenti giustiziali. Quindi pensava all'annullamento dei regolamenti, che può essere pronunciato da certi giudici. Senonché l'annullamento dei regolamenti è un'esperienza talmente ridotta e talmente limitata, che certamente non può essere presa a canone, neanche lontano, per gli annullamenti pronunciati dalla Corte costituzionale"[230].

Su un piano più generale, però, è possibile affermare che, in Assemblea Costituente, forti erano, in linea generale, le critiche nei confronti del modello di sindacato costituzionale diffuso, mentre più morbide erano le posizioni nei confronti della previsione della *Verfassungsgerichtsbarkeit*, fonte di ispirazione per il modello di giustizia costituzionale italiano[231].

Un'interessante eccezione è rappresentata da quanto proposto dall'On. Codacci Pisanelli: "[c]on l'emendamento proposto io desideravo far presente anzitutto l'opportunità di fare in modo che l'incidente di incostituzionalità non desse luogo a quelle complicazioni ed a quelle gravose spese, che sarebbero necessarie, se ogni volta si dovesse finire dinanzi alla Corte costituzionale, per far risolvere l'incidente d'incostituzionalità di una legge. Per tale ragione, proponevo, secondo il sistema accolto anche in altri

227. Cfr. M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., p. 60. D'altra parte, la Corte costituzionale corrisponde alla Cenerentola della Costituzione; così R. ROMBOLI, *L'obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, cit.

228. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., p. 629

229. Si veda, ancora, G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., p. 629.

230. M. S. GIANNINI, *Considerazioni sul tema*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 163.

231. Per un approfondimento si rimanda a C. MARGIOTTA BROGLIO, *La Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano*, cit.

ordinamenti, che la questione di incostituzionalità potesse essere risolta da qualunque giudice.

In secondo luogo, avevo ritenuto opportuno di riconoscere ai giudici la facoltà di rinviare essi i casi di dubbio o le questioni d'incostituzionalità alla Corte costituzionale, per una soluzione definitiva, specialmente nei casi controversi"[232].

Per concludere, in generale, sembra ci si possa riferire ad una "onnicomprensività" del controllo di costituzionalità: sia con riferimento alle norme vigenti prima dell'entrata in vigore della Costituzione, sia con riferimento a quelle successive, in quanto la configurazione della posizione del Giudice delle leggi "ha corrisposto ad una scelta strategica adeguata alle aspettative che condussero il Costituente (che pure aveva ignorato il problema delle leggi anteriori incostituzionali) a configurare un sindacato accentrato sui vizi d'incostituzionalità delle leggi"[233].

4. Quale ruolo per la Corte costituzionale nella gestione degli effetti temporali?

Nella parte conclusiva del presente capitolo si intende riflettere su una peculiare tesi sul governo degli effetti nel tempo, vicina alla visione kelseniana della giustizia costituzionale per i motivi che si vedrà, per poi approdare alla dimostrazione secondo la quale è possibile derogare all'efficacia retroattiva fintanto che essa interessa la dimensione sostanziale e quindi oggettiva del giudicato, e che permette di non fondare l'ammissibilità/non ammissibilità del governo degli effetti della declaratoria di incostituzionalità nel tempo sul binomio natura giurisdizionale/politica della Corte costituzionale.

Pur riconoscendo la disinvoltura con cui il Giudice delle leggi italiano fa utilizzo delle regole del proprio processo[234], è infatti possibile inquadrare la giurisprudenza temporalmente manipolativa entro il tracciato dell'attività giurisdizionale se solo si considera la fondamentale distinzione tra regime processuale della sentenza e regime di natura sostanziale della decisione, "che può comportare 'statuizioni autonome, nonché adattamenti dell'ordinamento al giudicato stesso, e quindi temperamenti in senso 'temporale'"[235].

232. Cfr. la seduta del 2 dicembre 1947, in cui l'Assemblea Costituente prosegue l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo VI della Parte seconda del progetto di Costituzione: «Garanzie costituzionali».

233. Così G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, cit., p. 203.

234. Di recente, si veda F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 4/2020.

235. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 37.

In buona sostanza, il contrasto tra la nullità o annullabilità della norma incostituzionale e la gestione degli effetti nel tempo, che certamente incide sull'efficacia della norma stessa, può essere superato considerando la distinzione esistente tra autorità (che riguarda l'aspetto soggettivo del giudizio) ed efficacia della pronuncia (che riguarda, invece, l'aspetto oggettivo del giudizio).

La tesi in questione viene corroborata proprio alla luce dell'esperienza tedesca, che, come noto, si fonda, sotto l'angolo prospettico del sindacato sulle leggi, sul dogma della nullità.

Ebbene, se ai sensi del § 79 *BVerfGG* "le decisioni non più impugnabili che si fondano su una norma dichiarata nulla per illegittimità costituzionale non possono più essere eseguite", è dunque possibile che "nei processi comuni si possa chiedere al giudice una nuova valutazione della situazione, in seguito alla sopravvenienza della norma dichiarata incostituzionale"[236].

Pertanto, la nullità della norma incostituzionale non si pone in contraddizione con un intervento sul tempo, tanto è vero che, alla luce dell'invenzione delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, è possibile osservare la scissione fra la natura e la applicazione concreta della pronuncia di incostituzionalità.

In altre parole, la gestione degli effetti nel tempo è ammissibile laddove non incida sul giudizio *a quo*, in quanto altrimenti si andrebbe a pregiudicare il diritto soggettivo del giudizio, quello che interessa gli *iura*.

Se il Giudice costituzionale ritenesse di dovere operare una modulazione degli effetti nel tempo[237], si renderebbe allora necessaria una norma chiarificatrice e kelsenianamente orientata che sancisca la necessaria incidenza nel giudizio *a quo* della declaratoria di incostituzionalità.

236. Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 34, che fa riferimento al giudizio di opposizione dell'esecuzione, ove il giudice deve nuovamente decidere sul rapporto sostanziale già definito con sentenza passata in giudicato e ove "il creditore può sostenere che la sentenza di condanna sia comunque fondata, a prescindere dalla dichiarazione di incostituzionalità".

237. Alla luce di tale considerazione, pare potersi fare riferimento a quella che è stata definita "l'etica della responsabilità" da parte di Zagrebelsky: la ricerca di possibili soluzioni normativamente tracciate potrebbe consistere in un possibile corretto posizionamento del ruolo della Corte costituzionle "nel quadro dei rapporti con gli altri poteri dello Stato". Così P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste a alcune sentenze innnovative del 1988 e del 1989*, in (a cura di R. Romboli), "La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del Seminario di Pisa" del 5 maggio 1990, p. 84, che riprende G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere" (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè, Milano, 1989, p. 179.

Capitolo II
La *Nichtigkeitslehre* nell'ordinamento tedesco. Origini e sviluppi

0. Premessa

Dopo avere analizzato l'origine della disciplina degli effetti della declaratoria di incostituzionalità e la natura della norma incostituzionale nel panorama della giustizia costituzionale italiana, nel presente capitolo si porterà l'attenzione, quasi simmetricamente, sulla tesi della nullità e dell'annullabilità della norma non conforme a Costituzione nell'ordinamento tedesco (par. 1), così da potere affrontare, nel capitolo successivo, le decisioni di incompatibilità tedesche, particolarmente significative per lo studioso italiano alla luce, come si accennava, delle ricadute che esse hanno sulla sfera degli effetti nel tempo e sul rapporto tra Corte e con il legislatore nel tempo.

Dopo avere riportato i profili di maggiore rilievo della tesi dell'annullabilità nel par. 2, nei parr. 3, 3.1 e 3.2 verrà illustrata la teoria della nullità della norma incostituzionale, cui seguirà un'indagine sugli effetti della declaratoria di incostituzionalità (par. 3.3) e sulle proposte di modifica della stessa (par. 3.4), come si vedrà necessitate dall'esigenza di abdicare, in alcuni casi, dal "taglio netto" della declaratoria di incostituzionalità. L'indagine delle due tesi in oggetto permette di comprendere, sul piano dogmatico, come l'efficacia retroattiva tipica della declaratoria di incostituzionalità presenti, non solo nell'ordinamento italiano, ma anche in quello tedesco, rilevanti criticità dal punto di vista sistemico.

1. La *Nichtigkeitslehre* e la teoria dell'annullabilità

Nell'ordinamento giuridico tedesco, la teoria della nullità (*Nichtigkeitslehre*) e la teoria dell'annullabilità[1] della norma incostituzionale rappresentano due posizioni dogmatiche opposte[2].

Lo studio della contrapposizione che interessa la nullità e l'annullabilità di una norma non conforme a Costituzione non costituisce solamente un interessante esercizio di natura giuridico-dogmatica, ma conduce ad una riflessione sulla gestione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità[3].

A tal proposito, però, occorre considerare che ancora oggi, come con riferimento alla giustizia costituzionale italiana, è controverso[4] se la sentenza di nullità (c.d. *Nichtigkeitserklärung*) abbia efficacia dichiarativa o costitutiva[5].

Tuttavia, il primato di tale principio ha conosciuto un indebolimento alla luce della diffusione della prassi temporalmente manipolativa del *BVerfG*, rispetto alla quale non casualmente si è fatto riferimento al "superamento […] dell'equivalenza tra incostituzionalità - nullità"[6], poiché talvolta il dogma della nullità della norma incostituzionale non può "fisiologicamente" svolgere una funzione che si ponga in armonia con il ripristino della legalità violata[7].

1. Cfr. H. MÜLLER, *Unter welchen Voraussetzungen macht Nichtigket eines Gesetzteiles das ganze Gesetz nichtig?*, in *DVBl*, 1964, p. 104.

2. Si veda H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1974, p. 6

3. Così M. BREUER, *Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt. Überlegungen zur Ratio der fehlerfolgendifferenzierung bei Norm und Einzelakt*, in *DVBl*, 2008, p. 565. La problematica riguarda altresì la *Weiteranwendbarkeit* delle norme incostituzionali. Söhn si chiede se "*die Feststellung einer Verfassungsverletzung ohne Nichtigkeitserklärung der inkriminierten Vorschrift eine weitere Anwendungspflicht für Gerichte und Verwaltung impliziert oder zu einer Vefahrensaussetzung führen kann (und muß), gewonnen*". Così SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., pp. 4-5.

4. Cfr. C. HARTMANN, *Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen*, in *DVBl,* 1997, p. 1264.

5. Così M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, Josef Eul Verlag, Lohmar-Köln, 2014, p. 4.

6. In questo senso molto chiaramente M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., p. 310. Si veda anche S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997, p. 96.

7. Così C. HARTMANN, *Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen*, cit., p. 1269. Ancora, sul punto si veda H. P. SCHNEIDER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung*, in *NJW*, 1980, p. 2110.

2. La teoria dell'annullabilità della norma incostituzionale

Grazie alle *Unvereinbarkeitserklärungen* il *BVerfG* avrebbe "aperto una terza via tra quella dell'annullamento e quella della determinazione della costituzionalità delle leggi"[8].

Già a partire dagli anni sessanta la dottrina cercava di contrapporre alla tesi della nullità della norma incostituzionale quella dell'annullabilità: secondo la dottrina di Von Olshausen "la Costituzione stessa tace"[9]; infatti, come già accennato, la nullità della norma incostituzionale non può essere facilmente dedotta dal primato della Costituzione[10].

Secondo altra parte della dottrina, la teoria dell'annullabilità si sarebbe dapprima contrapposta alla teoria della nullità nella materia tributaria[11].

Quanto alle origini, la tesi dogmatica in questione, del tutto opposta alla teoria della nullità, è stata costruita da Böckenförde[12], anche se uno tra i primi sostenitori della teoria della annullabilità fu Kelsen[13].

Peraltro, pare interessante constatare come la giurisprudenza e la prassi austriaca dimostrino che la nullità *ex-tunc* e *ipso iure* non sia un imperativo *nella* e *della* logica giuridica[14].

La teoria dell'annullabilità si basa su una semplice premessa: la norma, nonostante la sua incostituzionalità[15], esiste.

A tal proposito, non deve stupire che sul piano dogmatico le sentenze di incompatibilità tedesche si fondano sulla dottrina dell'annullabilità[16], in quanto la norma meramente incompatibile continua ad esistere anche in seguito all'adozione della stessa *Unvereinbarkeitserklärung*.

8. In questo senso H. SCHMITZ, P. STAMMLER, *Mehr Freiheiten für den nationalen Gesetzgeber! Die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG zur zeitlichen Beschränkung von Urteilswirkungen*, in *AöR*, 2011, p. 482.

9. Cfr. H. VON OLSHAUSEN, *Die Wirksamheit des Gesetzes und der Geltungsanspruch der Verfassung*, cit., p. 116.

10. Come confermato da N. ACHTERBERG, *Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote*, in *DöV*, 1977, p. 653.

11. S. MEYER, *Erweiterter bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz nach einer Unvereinbarerklärung*, in *JZ*, 9/2020, p. 434.

12. Cfr. H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., p. 9. Cfr. anche W. SANDTNER, *Die abgestufte Nichtigkeit eines Rechtssatzes*, in *BayVBl*, 1969, p. 233 e W. WEIßAUER, D. HESSELBERGER, *Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Normen*, in *DÖV*, 1970, pp. 326-330.

13. Insiste su tale considerazione J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., pp. 49-56.

14. Cfr. K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungegsricht*, cit., p. 314.

15. J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 141.

16. C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, in *StuW*, 1/2008, p. 32.

È bene considerare che a fondamento della teoria dell'annullabilità della norma incostituzionale non vi sono solamente ragioni di natura teorica, ma anche (e forse soprattutto) ragioni di natura pragmatica: la sicurezza giuridica e sociale sono tutelate dalla limitazione dell'efficacia retroattiva ai sensi del § 79 II *BVerfGG*[17].

Come noto, infatti, la deviazione dalla teoria della nullità si spiega alla luce della temuta incertezza giuridica[18]: con l'adozione della *Nichtigkeitserklärung* non solo "si elimina la violazione costituzionale [...], ma con essa la regolamentazione giuridica di un certo settore della vita"[19].

I sostenitori della teoria dell'annullabilità della norma incostituzionale si basano non solo su disposizioni normative, prima fra tutti l'art. 100 *GG*, ma anche sulla giurisprudenza del *BVerfG*[20], che opera rilevanti differenziazioni in punto di conseguenze giuridiche derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità.

A tal proposito, il processo di deviazione dalla teoria della nullità è descritto come segue: "il percorso processuale intrapreso dal Tribunale è semplice. Non ha toccato il principio dell'efficacia ex-tunc, ma ha violato la regola del diritto processuale costituzionale secondo cui le leggi incostituzionali devono essere dichiarate nulle rinunciando alla dichiarazione di nullità e dichiarando la semplice incompatibilità delle norme incompatibili con la norma parametro considerata"[21].

Tale deroga si basa su tale constatazione: l'incostituzionalità conduce a risultati "che non possono essere previsti e formulati astrattamente"[22], quali, ad esempio, eventuali attriti con la Costituzione, la mancata salva-

17. Così C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 1970, p. 124 e U. SCHEUNER, *Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit von Rechtsnormen auf vorgängige Hoheitsakte - Zur "Rückwirkung" und "Vorwirkung" der Nichtigkeitserklärung von Rechtsnormen*, in *BB*, 1960, p. 1255.

18. U. BATTIS, *Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen*, in (a cura di J. Isensee, P. Kirchhof), "Handbuch des Staatrechts. Normativität und Schutz der Verfassung", C. F. Müller, München, 2015, p. 98.

19. Cfr. K. GRAßHOF, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, in (a cura di C. Burkiczak, F. W. Dollinger, F. Schorkopf), C. F. Müller, Heidelberg, 2015, p. 1181 e Blüggel, il quale fa riferimento a "Rechtstechnische Argumente"; J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 30.

20. W. WEIßAUER, D. HESSELBERGER, *Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Normen*, cit., p. 330.

21. A. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 65.

22. Così A. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 143.

guardia delle istituzioni costituzionali, o, ancora, l'intensificazione delle violazioni costituzionali esistenti[23].

Tanto premesso, due sono i fondamenti normativi della teoria della annullabilità:

a) nell'ambito del controllo concreto delle norme il giudice è costretto, ai sensi dell'art. 100 *GG*[24], a sollevare questione di legittimità costituzionale.

La norma non conforme a Costituzione, quindi, non può essere nulla, poiché altrimenti il giudice *a quo* non potrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale nell'ambito del giudizio concreto.

Pare importante osservare, come si è già visto, che tale obbligatorietà non è ravvisabile con riferimento alla legislazione anteriore all'entrata in vigore della Legge Fondamentale[25]: in questo senso, è possibile affermare che i giudici tedeschi abbiano svolto un controllo di legittimità diffuso, vicino al modello di giustizia costituzionale statunitense.

b) il § 78 *BVerfGG* si riferisce alla *dichiarazione* dell'incostituzionalità della disposizione: pertanto la dichiarazione di nullità non può che avere natura costitutiva.

Eppure il legislatore, in seguito alla mancata modifica del § 79 *BVerfGG*, "non ha adottato una decisione consapevole sugli effetti temporali conseguenti all'eliminazione di una norma da parte della Corte costituzionale federale, presupponendo naturalmente il dogma della nullità"[26].

3. La nullità *ipso iure*: il dogma. L'origine storica

La nullità della norma incostituzionale non è delineata né in Costituzione[27] né nel *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*[28], pur appartenendo la teo-

23. C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., pp. 163-165.

24. "Se un tribunale ritiene incostituzionale una legge dalla cui validità dipende la sua decisione, il processo deve essere sospeso; qualora si tratti della violazione della Costituzione di un Land, deve essere chiesta la decisione del tribunale del Land competente per le controversie costituzionali, qualora si tratti della violazione della presente Legge Fondamentale, deve essere richiesta la decisione del Tribunale Costituzionale Federale. Ciò vale anche se si tratta della violazione della presente Legge Fondamentale da parte del diritto di un Land o dell'incompatibilità di una legge di un Land con una legge federale".

25. Cfr. la decisione del 24 febbraio 1953. Per un'interessante analisi sul punto, si rimanda a G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 201, 202.

26. In questo senso, si pone in evidenza la forza immanente della teoria della nullità.

Così M. BREUER, *Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt*, cit., p. 563.

27. J. FROWEIN, *Zur vorgeschlagenen Änderung von § 79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes*, in *DÖV*, 1970, p. 592; T. MAUNZ, *Das verfassungswidrige Gesetz*, in *BayVBl*, 1980.

28. Anche la dottrina italiana sembra concordare in questo senso: si veda R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore*, cit., p. 150. Si veda anche M. DIETZ, *Verfassungs-*

ria della nullità *ipso iure* alla tradizione giuspubblicistica tedesca sin dagli anni cinquanta.

In realtà, il dogma in oggetto ha conosciuto una prima "formalizzazione" nella pronuncia *RGZ* del 1925, 111, 320-335, nell'ambito della quale il *Reichsgericht* aveva affermato che era diritto e dovere dei giudici accertare la legittimità costituzionale delle leggi e disconoscerne la validità nel caso di contrasto con la Costituzione[29].

Del tutto significativamente si afferma che la nullità della norma non conforme a Costituzione è divenuta parte integrante della prassi giuridica e, soprattutto, che ha costituito la premessa per la redazione dello stesso *BVerfGG*[30].

La dottrina di Böckenförde ne ha autorevolmente fornito una definizione: "in generale, nullità significa assenza di significato giuridico. L'atto nullo non esiste in diritto e non può mai produrre effetti giuridici. Chiunque può invocare la nullità in quel momento"[31].

Volendo preseguire con l'indicazione di possibili definzioni del principio in discorso, si consideri che, ai sensi dell'art. 100 della Legge Fondamentale[32], al concetto di nullità si riallaccia la categoria dell'invalidità.

La nullità delle norme incostituzionali non richiede un atto intermedio, ma si (auto)realizza "senza ulteriori indugi"[33]: di qui l'incertezza giuridica[34] che consegue all'irrimediabile efficacia retroattiva, strettamente correlata

gerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011, p. 119.

29. Così S. MEYER, *Erweiterter bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz nach einer Unvereinbarerklärung*, cit., p. 434.

30. Così, ancora, S. MEYER, *Erweiterter bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz nach einer Unvereinbarerklärung*, cit., p. 434.

31. Così C. BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze: Eine Untersuchung* über *Inhalt und Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, p. 68.

32. U. BATTIS, *Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen*, in (a cura di J. Isensee, P. Kirchhof), "Handbuch des Staatrechts. Normativität und Schutz der Verfassung", C. F. Müller, München, 2015, p. 797.

Cfr. anche H. BRINCKMANN, *Die fingierte Geltung* (§ 79 *BVerfGG*), in *DÖV*, 1973, p. 407. Si veda anche S. MEYER, *Erweiterter bundesverfasungsgerichtlicher Rechtsschutz nach einer Unvereinbarerklärung*, cit., p. 437. Secondo l'Autore "*Die Vorschrift spricht daher nicht nur mittelbar für die Ipso-Iure-Nichtigkeit formeller Gesetze. Sie setzt diese vielmehr selbst unmittelbar voraus*".

33. Come correttamente posto in evidenza da M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 112.

34. Così S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*s, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007, p. 45.

all'invalidità della norma incostituzionale sin dal punto di collisione (*Kollisionspunkt*) con la Legge Fondamentale[35].

Come forse si è potuto intuire, l'individuazione di una concettualizzazione della *Nichtigkeitslehre* rappresenta un'operazione "giuridicamente difficile"[36].

La *ratio* del dogma in discorso potrebbe spiegarsi alla luce di due "modelli logico-giuridici"[37], che appartengono alla teoria giuridica e che non conoscono alcun fondamento di natura puramente costituzionale[38].

Nello specifico, ci si riferisce a:

a) il modello di collisione[39];

b) il modello relativo alla validità giuridica[40].

Stando alla logica sottesa al primo modello, l'ordinamento giuridico è, secondo la teoria di Kelsen, "un'unità in cui le contraddizioni sono impossibili"[41]; la norma incostituzionale viene così eliminata secondo il principio della "*lex superior derogat legi inferiori*"[42].

Viene così garantito il primato della Costituzione, in quanto la validità di una norma incostituzionale sarebbe lesiva della Legge Fondamentale[43].

35. Cfr. J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1998, p. 137. Cfr. anche H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., p. 7.

36. Ancora H. VON OLSHAUSEN, *Die Wirksamkeit des Gesetzes und der Geltungsanspruch der Verfassung*, in *JZ*, 1967, p. 116.

37. J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, Nomos, 1980, p. 73. Sul punto si veda altresì C. HARTMANN, *Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen? Zur Frage alternativer Rechtsgeltungsbestimmungen im Grundgesetz*, in *DVBl*, 1997, p. 1264.

38. Secondo Blüggel infatti il dogma non può essere dedotto dal tenore letterale della Costituzione. J. BLÜGGEL, *Unvereinbarung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 138. Cfr. anche J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 73.

39. Si veda C. HARTMANN, *Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen? - Zur Frage alternativer Rechtsgeltungsbestimmungen im Grundgesetz*, cit., pp. 1264-1269. Ancora, si consiglia M. SCHWINDT, *Rechtsfolge verfassungswidrige Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., p. 5.

40. Cfr. M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 127.

41. Cfr. J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 73.

42. Sul modello in discorso si veda M. LÖWISCH, *Zu den Folgen der Nichtigkeitsfeststellung eines Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht insbesondere für private Verhältnisse*, cit., p. 731.

43. La c.d. *Fortgeltungsanordnung*, cioè l'ordine di applicazione per un certo lasso di tempo della norma dichiarata incompatibile, si pone in termini problematici rispetto alla *Nichtigkeitslehre*.

Il secondo modello[44] posto in evidenza sottintende l'esistenza di una "differenza di rango tra legge e Costituzione"[45].

Considerata peraltro la storia costituzionale della Germania, non pare del tutto irrilevante considerare che "anche in occasione dei lavori preparatori al *BVerfGG* nel 1951, il legislatore aveva preso le mosse dal dogma della nullità ipso iure della norma incostituzionale"[46].

Secondo Kreutzberger vi è un ulteriore modello esplicativo della dottrina della nullità *ipso iure*: quello (esplicativo) dell'unità del sistema giuridico[47].

Nonostante la mancanza di chiare indicazioni nella Legge Fondamentale, esistono tuttavia disposizioni costituzionali dalle quali è deducibile la nullità della norma incostituzionale: ci si riferisce agli artt. 100 I[48], 20 III[49], 79 I alinea 1 della *GG*[50].

Vi sono anche fonti di rango primario da cui è possibile dedurre la nullità della norma incostituzionale.

La dottrina ha individuato quindi disposizioni costituzionali e di rango primario[51] che potrebbero porsi alla base della nullità *ipso iure*.

3.1. *La teoria della nullità in Costituzione*

La *Nichtigkeitslehre* si fonda sugli artt. 1 III, 20 III, 100, 123 I[52], 79 I alinea I della *GG*.

44. H. BRINCKMAN, *Die fingierte Geltung* (§ 79 *BVerfGG*), cit., p. 408, ha ampiamente descritto il modello in discorso.

45. J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 74.

46. S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 36.

47. Ancora S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 41.

48. Si tratta della disposizione che disciplina l'incostituzionalità delle leggi nel contesto della *konkrete Normenkontrolle.*

49. "La legislazione è soggetta all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono soggetti alla legge e al diritto".

50. Quest'ultima disposizione disciplina il procedimento di modifica della Legge Fondamentale.

51. Si consideri il § 78 *BVerfGG* e il § 76 *BVerfGG*. Così M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., pp. 118-119.

52. La disposizione in questione prevede che "[l]e leggi anteriori alla prima riunione del *Bundestag* restano ancora in vigore in quanto non contrastino con la presente Legge Fondamentale".

A commento di veda H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., p. 9. Si rimanda anche a G. HOFFMANN, *Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz*, in *JZ*, 1961, p. 195. Si consideri anche K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, C. F. Beck, München, 2018, p. 314.

Si consideri, preliminarmente, quanto sostenuto dall'autorevole dottrina di Ipsen, secondo cui il tentativo di armonizzare la *Nichtigkeitslehre* con la Legge Fondamentale rappresenta un compito difficile, dal momento che l'inveramento del dogma della nullità presenta il rischio di porsi in contraddizione con la *realtà dei fatti*[53].

Tanto chiarito, in primo luogo lo Stato di diritto e il principio democratico si pongono a fondamento della nullità della norma incostituzionale[54].

D'altra parte, come è stato recentemente scritto, una tra le principali preoccupazioni nella costruzione del nuovo edificio costituzionale era proprio quella di garantire la promozione e la garanzia della superiorità della Costituzione[55].

Non è forse un caso che il Tribunale costituzionale federale abbia rivendicato "sin dall'inizio una autonomia procedurale (Verfahrensautonomie) nell'applicazione delle regole processuali e nell'adattamento del giudizio alle esigenze che sarebbero venute via via emergendo"[56].

Per questa ragione si assiste oggi al paradosso dell'esistenza, in parallelo, del *Nichtigkeitsdogma* e della prassi delle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

La nullità *ipso iure* si riallaccia agli artt. 1 III[57] e 20 III della Legge Fondamentale, in quanto entrambe le disposizioni costituzionali rappresentano una forma di esplicazione del "rapporto tra la nullità e il monopolio del potere statale presupposto in Costituzione"[58].

53. J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 73.

54. Cfr. K. STAHL, *Das Argument der Finanz – und Haushaltsplanung nach dem Erbschaftsteuerbeschluss vom 7. November 2006*, in *DÖV*, 2008, p. 195.

55. Cfr. la significativa tesi di G. REPETTO, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione e politica nel prisma del* Bundesverfassungsgericht, in "Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparata alla luce del caso italiano", Jovene, Napoli, 2020, p. 10.

Interessante notare, con riferimento al rapporto tra *BVerfG* e giudici, che talvolta il potere discrezionale del Tribunale costituzionale federale sconfina in un giudizio di opportunità. Così G. REPETTO, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione e politica nel prisma del* Bundesverfassungsgericht, cit., p. 30.

56. Così G. REPETTO, *Il controllo di costituzionalità delle leggi giurisdizione e politica nel prisma del* Bundesverfassungsgericht, cit., p. 30. A proposito dei limiti sostanziali e processuali dell'attività giudiziaria, che forse è possibile richiamare nella presente sede, si segnala la dottrina di Cappelletti, secondo il quale questi dovrebbero sussistere entro i "limiti della libertà giudiziale"; si veda M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., p. 13.

57. L'art. 1 III *GG* sancisce il vincolo da parte della legislazione, del potere esecutivo e della giurisdizione ai diritti fondamentali.

58. Cfr. M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., pp. 123, nota 17, 124.

Tuttavia, le disposizioni costituzionali appena indicate, se lette in combinato disposto, pongono in essere un paradosso: l'inesistenza di una norma incostituzionale[59].

Se l'art. 1 III *GG* vincola il potere dello Stato alla garanzia dei diritti fondamentali[60], l'art. 20 III *GG*, garantisce la solidità della gerarchia delle fonti del diritto "per mezzo di un sistema di disposizioni vincolanti"[61].

In secondo luogo, l'art. 123 I *GG* prevede l'invalidità delle norme previgenti alla Costituzione; tuttavia, la disposizione in questione non sembra poter giustificare la nullità della norma incostituzionale, in quanto, se così fosse, non vi sarebbe, sul piano dogmatico, alcuna forma di dubbio rispetto alla possibile nullità-incostituzionalità delle norme successive alla Costituzione[62].

A ben vedere, la norma costituzionale in commento sancisce l'abrogazione delle norme incostituzionali previgenti alla Costituzione, in quanto, come affermato in letteratura, l'adozione di una declaratoria di incostituzionalità, contraddistinta dall'efficacia *ex tunc*, sarebbe foriera di un'eccessiva incertezza per la prassi giuridica[63].

Secondo alcuni, militerebbe nel senso della nullità della norma incostituzionale anche l'articolo 31 *GG*, che individua la gerarchia delle fonti giuridiche[64].

In terzo luogo, l'art. 100 I *GG* solo in parte sembra porsi alla base del primato della *Nichtigkeitslehre*[65].

59. G. HOFFMANN, *Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz*, cit., p. 196.

60. A. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, cit., p. 103 nota n. 3. Così V. GÖTZ, *Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze*, in *NJW*, 1960, p. 1177.

61. Si veda, ancora, V. GÖTZ, *Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze*, cit., p. 1177.

62. M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 121, il quale prende le mosse dall'assenza di qualsivoglia regolamentazione in Costituzione rispetto alle conseguenze giuridiche derivanti dall'incostituzionalità di una norma.

63. In questo senso I. STAFF, *Aspekte von Kontinuität und Diskontinuität nationalsozialistischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in (a cura di F. Lanchester, I. Staff), "Lo Stato di diritto democratico dopo il fascismo ed il nazionalsocialismo. Demokratische Rechtstaatlichkeit nach Ende von Faschismus und Nationalsozialismus", cit., p. 96. Un'eccezione, però, è rappresentata dal "diritto costituzionale" nazista e da alcune norme di origine nazista talmente intollerabili da dovere essere considerate nulle con effetto *ex tunc*. Così T. MAUNZ, G. DÜRIG, T. GIEGERICH, *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 123 Rn. 35, C. H. Beck, München, 2021. In questo senso, è possibile apprezzare la tesi per cui, in parte, la disposizione in questione si inserisce nel novero delle norme costituzionali che promuovono la nullità della norma non conforme a Costituzione.

64. Ancora M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 122.

65. Si veda G. HOFFMANN, *Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz*, cit., p. 197, nota n. 51.

Questa disposizione conosce "solo" l'alternativa "validità/non validità": non dice alcunché, *expressis verbis*, in punto di nullità.

Se è vero che la disposizione in questione si pone in armonia con la natura dichiarativa della sentenza di nullità, e se è altrettanto vero che il giudice, proprio in ragione dell'applicazione del dogma della nullità, "si libera" dall'applicazione di una norma della cui incostituzionalità dubita, tuttavia è altrettanto intuibile il fatto che ciò che è *ipso iure* nullo non può vincolare[66].

In realtà è possibile richiamare, a sostegno della tesi relativa all'armonia esistente tra dogma della nullità della norma incostituzionale e l'art. 100 *GG*, quanto affermato da Onida a proposito dell'obbligo, da parte del giudice, di sollevare questione di legittimità costituzionale. La legge incostituzionale non è efficace, bensì "opera" di fatto anche se i giudici rimettono la questione alla Corte costituzionale, poiché essa "non costituisce un vincolo sostanziale; non si presenta cioè mai come regola per la decisione, che è il modo caratteristico nel quale opera l'efficacia della legge nei confronti del giudice, il quale solo in questo caso può dirsi 'soggetto' alla legge stessa"[67].

E ancora, l'effetto tipo che spiega la norma incostituzionale nel giudizio *a quo* consiste nella "necessaria devoluzione della questione relativa alla legittimità della stessa [...] alla Corte costituzionale: un effetto di natura processuale, non sostanziale, poiché si limita ad operare nell'ambito del processo e ai fini della distribuzione di competenze che l'ordinamento stabilisce"[68].

3.2. *La nullità della norma incostituzionale e la fonte primaria*

Il § 78 *BVerfGG* esprime il principio per cui una norma incostituzionale è inefficace e nulla sin dall'inizio[69]: in questo senso è esplicativa la giurisprudenza del *BVerfG*: "se una disposizione non è conforme alla Costituzione, deve essere dichiarata nulla in linea di principio (§ 82 Abs. 1 i.V.m. § 78 Abs. 1 BVerfGG)"[70].

66. H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., p. 17.

67. Così V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 553.

68. Cfr. V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, cit., p. 554.

69. U. BATTIS, *Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen*, in "Handbuch des Staatrechts. Normativität und Schutz der Verfassung", cit., p. 797.

70. *BVerfGE* 82, 126 (154).

Pare interessante notare che la disposizione in discorso è stata definita "incompleta" a causa della diffusione delle sentenze di incompatibilità, le quali sembrerebbero averne in qualche modo compromesso la rilevanza, oltre che il significato originario[71].

Secondo la dottrina di Laumen, il *BVerfG* dichiara l'invalidità di una norma "se l'ordine dell'ulteriore applicazione di una norma incompatibile è fuori questione […]"[72].

In questo senso, la nullità della norma viene dichiarata in via del tutto residuale, quando ulteriori tecniche decisionali non risultino adeguate con riferimento al caso di specie[73].

Tanto premesso, il § 78 *BVerfGG* è applicabile al controllo astratto e concreto delle norme (tramite il § 82 I *BVerfGG*), alla *Verfassungsbeschwerde* (tramite il § 95 III, alinea 1 *BVerfGG*), al *Normenqualifikationsverfahren* e, entro certi limiti, al *Wahlprüfungsverfahren*[74].

Nonostante il *BVerfG* non si sia mai pronunciato sulla natura della sentenza di nullità[75], in seguito alla modifica intervenuta nel 1970 del § 78 *BVerfGG*[76] la natura *costitutiva* della stessa potrebbe trovare un proprio fondamento[77].

Si consideri, infatti, che prima dell'intervento normativo il § 78 *BVerfGG* prevedeva che se "il Tribunale costituzionale si convince del fatto che una legge federale è incompatibile con la Costituzione o una legge regionale con la Costituzione o una legge federale, *accerta* la nullità della norma".

Ai sensi del nuovo § 78 *BVerfGG*, "se la Corte costituzionale federale si convince del fatto che…, essa *dichiara* nulla la legge".

Tuttavia, la modifica normativa non solo, come è ovvio, non avrebbe inciso in alcun modo sull'effetto retroattivo della dichiarazione di nullità, ma si sarebbe fondata su ragioni di natura squisitamente stilistica[78]: in buona sostanza, il dogma della nullità, perlomeno sul piano teorico, governa ancora gli effetti della *Nichtigkeitserklärung.*

71. K. GRAßHOF, § 78, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 1172.

72. Così S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG*, cit., p. 95.

73. K. GRAßHOF, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 1173.

74. Si veda C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG*, Duncker & Humblot, 1985, p. 188.

75. Cfr. K. GRASSHOF, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 1173.

76. Cfr. BT-Drucks. VII/1471.

77. Secondo la dottrina di Götz, l'utilizzo del verbo "dichiarare" si pone a favore della natura costitutiva della dichiarazione di nullità. V. GÖTZ, *Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze*, cit., p. 1178.

78. BT-Drucks. VII/1471. Si veda, *amplius*, M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., pp. 18-119.

3.3. *Le conseguenze della dichiarazione di nullità*

Così come la sentenza di accoglimento, anche la *Nichtigkeitserklärung* ha effetti *erga omnes*, agendo come un *actus contrarius* all'entrata in vigore di una legge.

In dottrina si legge che la nullità della disposizione incostituzionale dovrebbe costituire la *regola*: secondo la dottrina di Gusy, "a prescindere dal punto di partenza teorico […] l'annullamento è il tenore della decisione richiesto dalla Legge Fondamentale e dalla Legge sulla Corte costituzionale federale"[79]; secondo Kreutzberger, "la dottrina della nullità ipso iure deve essere – in linea di principio – mantenuta"[80].

In seguito all'adozione della declaratoria di incostituzionalità, la norma perde la sua efficacia sino al *Punkt der Kollision*: in altri termini, "la mancata applicazione è definitiva e irreparabile" e la norma non può essere ripristinata[81].

Di conseguenza, la norma dichiarata nulla non è più applicabile: il blocco relativo all'applicazione della norma incostituzionale (che costituisce, in via del tutto analoga, uno degli elementi strutturali della sentenza di incompatibilità pura) è una conseguenza diretta della declaratoria di nullità[82].

Stando alla consolidata giurisprudenza del *BVerfG*, come si vedrà, nel caso in cui venga adottata una sentenza di incompatibilità, il legislatore è tenuto, di norma, a ripristinare la legalità violata con effetto retroattivo[83]: in questo senso, la direzione temporale dell'efficacia della sentenza di incompatibilità, quando retroattiva, sembra appiattirsi su quella propria della sentenza di nullità.

Peraltro, secondo autorevole dottrina, ci si dovrebbe riferire all'efficacia retroattiva nel senso di un requisito di natura costituzionale[84].

79. C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 195.

80. S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 41.

81. H. BETGHE, § 31, in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, 2018, Rn. 155, p. 86.

82. A. GERONTAS, *Die Appellentscheidungen, Sondervotumappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., p. 488.

83. Cfr. *BVerfGE* 37, 217 (261); confermato in *BVerfGE* 55, 100 (110); 61, 319 (356). Si veda anche K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 334; H. BETGHE, § 31, cit., Rn. 217.

84. J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 267. Quanto appena riportato suscita interesse se rapportato alla giurisprudenza costituzionale "flessibile" posta in essere dal *BVerfG*.

Più nello specifico, una volta adottata la sentenza di nullità, la norma incostituzionale viene espunta dall'ordinamento giuridico; gli atti amministrativi e le decisioni basate su tale norma perdono la loro validità[85].

Non solo, alla nullità della norma incostituzionale conseguono anche conseguenze per il futuro: poiché la legge non esiste più, nessun rapporto giuridico può essere regolamentato da quella specifica norma[86].

Come intuibile, la *Nichtigkeitserklärung* è una decisione di natura cassatoria: di conseguenza, il legislatore non è obbligato ad eliminare la norma incostituzionale, perché è lo stesso *BVerfG* a purificare l'ordinamento giuridico dal *vulnus* costituzionale[87], indipendentemente dalla prevalenza della dottrina della nullità o di quella dell'annullabilità[88].

Infine, come con riferimento alla giustizia costituzionale italiana, per ragioni legate alla certezza del diritto la sentenza del *BVerfG* non incide sulle decisioni che sono diventate incontestabili ai sensi del § 79, paragrafo 2, *BVerfGG*[89], con l'eccezione della sentenza penale definitiva basata su una legge successivamente dichiarata nulla[90].

3.4. *Le due proposte di modifica degli effetti della* Nichtigkeitserklärung

I progetti di modifica della declaratoria di incostituzionalità hanno contribuito alla diffusione di un possibile rafforzamento della teoria dell'annullabilità della norma incostituzionale.

Come si vedrà, le due proposte di modifica si avvicinano alle questioni di fondo evidenziate dai Costituenti in sede di definizione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità.

Secondo Pohle, alla base del permanere dell'assenza di una modifica degli effetti della sentenza di nullità ai sensi del § 79 *BVerfGG* vi è una ragione molto semplice: qualsiasi codificazione avrebbe limitato la necessaria flessibilità d'azione in capo al *BVerfG*[91].

85. C. BURKICZAK, § 78, in (a cura di C. Burkiczak, F. W. Dollinger, F. Schorkopf), *Bundesverfassungssgerichtsgesetz*, p. 1174.

86. Cfr. C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., p. 147.

87. J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 266. Di qui, la problematica "di diritto costituzionale" legata al rischio del vuoto normativo.

88. J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 92.

89. Si veda la decisione del *BVerG*, 1 BvR 1905/02 del 6 dicembre 2005, in *DöV*, 2006.

90. Per esempio *BVerfGE* 115, 51 (63).

91. In effetti, la mancata riforma degli effetti della declaratoria di incostituzionalità può fondarsi sull'espediente posto in evidenza da A. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklä-*

La rinuncia ad una riforma degli effetti della declaratoria di incostituzionalità è stata, pertanto, intenzionale: si consideri quanto ha avuto modo di affermare a tal proposito la dottrina, e cioè che nella sua giurisprudenza "alternativa" il *BVerfG* ha posto in essere quello che "il legislatore avrebbe potuto di fatto formulare anche in termini astratti"[92].

Il fallimento di una modifica degli effetti della sentenza di nullità pare quindi spiegarsi alla luce del necessario pragmatismo che sembra contraddistinguere la prassi del *BVerfG*, tanto è vero che quest'ultimo "ha sempre trovato soluzioni praticabili [...]"[93].

Ai sensi dell'art. 1 n. 12 (§ 79) della prima proposta di modifica[94], il cui scopo, in seguito al caso giurisprudenziale che ha riguardato la *Umsatzsteuer*[95], era quello di "rendere più flessibile l'obbligo di adottare una sentenza di nullità *tout-court*, previsto dagli §§ 78 e 95 (3) *BVerfGG*"[96], "se la Corte costituzionale federale ha dichiarato nulla una legge che stabilisce o estende gli obblighi finanziari della singola entità di diritto pubblico o di diritto privato, gli effetti della decisione sono determinati come segue[97]: 1. La legge dichiarata nulla si considera priva di

rung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht, cit., p. 143. Nel *plenum* del 7.11.1968 il *BverfG* ha proposto "*das Wirksamwerden der Nichtigerklärung auch noch auf einen Zeitpunkt nach der Entscheidung zu verschieben*". Si veda anche C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., pp. 102-103.

92. A. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 65; Si veda anche M. SACHS, *Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsversößen?*, in *NVwZ*, 1982, p. 657.

93. BT-Drs. VI - 1471, 6.

94. BT-Drs. V/3916.

95. A. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 140. Si veda anche J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., pp. 82-83.

96. I. PUPPE, *Zur zeitlich begrenzten Weitergeltung verfassungswidriger Gesetze*, in *DVBl*, 1970, p. 319.

97. *1. Das für nichtig erklärte Gesetz gilt mit dem Ende des Jahres, das der Entscheidung vorhergeht, als außer Kraft getreten. Das Bundesverfassungsgericht kann einen frühren Zeitpunkt für das Außerkrafttreten bestimmen, sofern dies bei Abwägung zwischen den schutzwürdigen Rechten der Betroffenen, der Rechtssicherheit und anderen schwerwiegenden Belangen zwingen geboten erscheint. Eine solche Anordnung kann auf besonders Betroffene, insbesondere auf Personen beschränkt werden, die Verfassungsbeschwerde erhoben haben oder Beteiligte des Verfahrens vor dem Gericht sind, das einen Antrag nach Art. 100 Abs. 1 des Grundgesetzes gestellt hat.*

2. Für die Zeit vor dem Außerkrafttreten des für nichtig erklärten Gesetzes ist vorbehaltlich einer besonderen gesetzlichen Regelung das bisherige Recht anzuwenden.

3. Unanfechbare Entscheidungen bleiben unberührt. Soweit sie sich auf die Zeit nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beziehen, ist die Vollstreckung unzulässig. Für diesen Zeitraum erbrachte Leistungen sind zu erstatten.

efficacia a partire dalla fine dell'anno immediatamente precedente la decisione. La Corte costituzionale federale può fissare un termine anteriore per la cessazione di efficacia della norma incostituzionale se ciò appare necessario dopo avere svolto un bilanciamento tra i diritti delle persone che necessitano di protezione, la certezza del diritto e altri interessi di natura rilevante. Una simile decisione può limitarsi alle persone particolarmente interessate, in particolare a coloro i quali hanno presentato una *Verfassungsbeschwerde* o che sono parti del processo principale ai sensi dell'articolo 100 I della Legge Fondamentale[98].

2. Fatta salva disposizione di legge, il diritto anteriore si applica al periodo precedente la cessazione di efficacia della norma nulla.

3. Le decisioni non più impugnabili non sono più sucettibili di modifica. Nella misura in cui si riferiscono al periodo successivo alla decisione della Corte costituzionale federale, l'esecuzione deve ritenersi inammissibile. Le prestazioni previste per questo periodo sono rimborsate.

Secondo la dottrina[99], il primo emendamento al § 79 avrebbe consegnato al *BVerfG* uno spazio discrezionale eccessivamente ampio, dal momento che avrebbe potuto decidere autonomamente sulla validità/invalidità della norma incostituzionale.

Il progetto di legge è stato fortemente criticato in quanto conteneva "numerose contraddizioni terminologiche e di contenuto"[100].

Secondo il *BVerfG* sarebbe stato intollerabile che una legge dichiarata nulla potesse essere dichiarata applicabile oltre il momento della decisione costituzionale.

Non è quindi un caso che, da parte sua, lo stesso *BVerfG* avesse proposto una nuova formulazione del § 79 I *BVerfGG*, secondo cui: "La Corte costituzionale federale può, per gravi motivi legati al benessere comune, ordinare che una legge che è stata dichiarata nulla possa essere privata della sua efficacia solo a partire da un momento che sarà determinato dallo stesso Tribunale"[101].

La seconda proposta di riforma, di iniziativa governativa[102], era stata così formulata: "la Corte costituzionale federale può stabilire nella sua decisione per gravi motivi legati al benessere comune che una legge dichiara-

98. Ci si riferisce al caso della *konkrete Normenkontrolle*.

99. Cfr. W. SCHICK, *Verfassungswidrige, aber "gültige" Steuergesetze?*, in *JZ*, 1969, p. 374.

100. Così W. SCHICK, *Verfassungswidrige, aber "gültige" Steuergesetze?*, cit., p. 373.

101. J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 85, nota n. 17. La vicinanza con il modello austriaco di gestione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità pare evidente.

102. BT-Drs VI/388.

ta nulla cessi di produrre effetti solo in un momento che sarà determinato dal Tribunale […]".

Secondo la dottrina di Breuer, quando la seconda proposta di modifica del § 79 *BVerfGG* non fu approvata dalla Commissione giuridica del *Bundestag*, anche la ricerca di una nuova e ragionevole proposta in materia conobbe un considerevole fallimento[103].

I tentativi di modifica del § 79 *BVerfGG* si spiegano quindi alla luce dell'esigenza percepita dal legislatore e dallo stesso *BVerfG* di evitare qualsivoglia forma di eccessivo irrigidimento della prassi temporalmente manipolativa.

Allo stato attuale, l'unica modifica introdotta dalla quarta legge di modifica del *BVerfGG*[104] è il nuovo tenore letterale degli §§ 31 II e 79 I *BVerfGG*, i quali, di fatto, hanno positivizzato le decisioni di incompatibilità.

103. Così M. BREUER, *Nichtiges Gesetz und vernichtbarere Verwaltungsakt*, cit., p. 564.

104. Entrata in vigore il 21.12.1970.

Capitolo III
Le *Unvereinbarkeitserklärungen*: un'eccezione alla *Nichtigkeitslehre*

0. Premessa

Nel presente capitolo si indagheranno le *Unvereinbarkeitserklärungen*, la variante decisionale che costituisce, come si è avuto modo di affermare in premessa, il *trait d'union* tra la modulazione degli effetti nel tempo e la tecnica del c.d. rinvio a data fissa.

Le ragioni che hanno condotto il *BVerfG* ad adottare le *Unvereinbarkeitserklärungen* sono le medesime che sembrano avere portato la Corte costituzionale da un lato, a sviluppare la di flessibilizzazione dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità, vale a dire il timore di un impatto eccessivo a fronte delle sentenze di accoglimento, e, dall'altro, a elaborare

tecniche di raccordo con il legislatore per cooperare insieme al legislatore nella rimozione "congiunta" del vizio di legittimità costituzionale.

Se nei parr. 1.1, 1.2, 1.3 si cercherà di individuare il fondamento normativo di tale tecnica introdotta dal *BVerfG* in via pretoria, nei parr. 2 e 2.1 si analizzeranno le motivazioni poste a fondamento dell'adozione delle decisioni di incompatibilità.

Per comprenderne al meglio le ragioni di fondo, si cercheranno di inquadrare le diverse tipologie di *Unvereinbarkeitserklärungen* ai parr. 3, 3.1, 3.2, 3.2.1, 3.3.

Nei paragrafi successivi (parr. 4 - 4.3), come accennato, se ne analizzeranno nel dettaglio i campi applicativi, non mancando di richiamare le diverse varianti decisionali previamente delineate, le quali, nei termini in cui si vedrà, si intrecciano con i *topoi* applicativi.

1. Le *Unvereinbarkeitserklärungen*: le dichiarazioni di incompatibilità

Le *Unvereinbarkeitserklärungen* sono "la variante decisionale non regolamentata più significativa della prassi del *BVerfG*"[1] e rispondono all'esigenza di evitare il "taglio netto"[2] della sentenza di nullità, in tal modo precludendo non solo l'effetto "puramente dichiarativo della declaratoria di incostituzionalità", ma anche la formazione di un vuoto normativo[3].

1. Così S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten del Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 230, che ha approfondito i modelli decisionali non espressamente regolamentati sul piano del diritto costituzionale e primario. Con riferimento alla dottrina italiana, secondo l'autorevole dottrina di Elia, "la robusta presenza del *BVerfG* nel sistema istituzionale tedesco è riconducibile in larga parte ai mezzi tecnici a disposizione dello stesso, rispondenti ad un arsenale molto più fornito di quello della Corte italiana". Così L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato (appunti di ricerca),* in *Quaderni costituzionali*, 1984, p. 13. Sul ricco strumentario decisionale della Corte costituzionale italiana cfr. M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 107.

2. H. BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, in *DVBl*, 2007, p. 918.

3. Si rinvia, sul punto, a H. SCHMITZ, P. STAMMLER, *Mehr Freiheiten für den nationalen Gesetzgeber! Die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG zur zeitlichen Beschränkung von Urteilswirkungen*, cit., p. 483. M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., p. 10. H. BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 918. Sul carattere "pratico"

Il *BVerfG*, una volta accertata l'incostituzionalità di una norma, può gestire gli effetti della propria decisione sulla scorta di argomentazioni di natura costituzionale[4].

Secondo costante prassi del *BVerfG* infatti, "la violazione della Legge Fondamentale da parte di una norma può portare alla *Nichtigerklärung* ai sensi del § 78 *BVerfGG* oppure alla mera dichiarazione dell'incompatibilità di una norma con la Legge Fondamentale (cfr. § 31 II, § 79 I *BVerfGG)*"[5].

Peraltro, a conferma della disinvoltura con cui il Tribunale costituzionale tedesco fa uso dei propri poteri di gestione del tempo, si segnala che la nullità di una disposizione incostituzionale "non dice nulla sul momento a partire dal quale la dichiarazione di nullità si verifica", poiché l'individuazione di tale momento, piuttosto, è lasciato al *BVerfG*[6].

Quanto al fondamento delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, occorre notare che il Tribunale costituzionale ha inventato tale tipologia decisionale[7] al fine di garantire, da un lato, il primato della Costituzione[8], e, dall'altro, la discrezionalità del legislatore.

In altre parole, sarebbe proprio la concretizzazione del dettato costituzionale a rappresentare una delle finalità legate all'adozione delle decisioni di incompatibilità.

Emerge, in questo senso, la funzione (ormai) residuale della tipologia decisionale della *Nichtigkeitserklärung*, in quanto solamente qualora non sussista alcun motivo per rinunciare all'adozione della dichiarazione di nullità la norma non conforme a Costituzione viene colpita dalla scure della declaratoria di incostituzionalità.

Non stupisce quindi il fatto che l'adozione di una *Nichtigkeitserklärung* venga ampiamene argomentata nella parte motiva della pronuncia[9], e, soprattutto, il fatto che il *BVerfG* abbia recentemente af-

delle *Unvereinbarkeitserklärungen* si veda B. SCHMIDT, BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE, § *78*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, cit., Rn. 61.

4. Si veda S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 41.

5. Così per esempio il *BVerfG* nella decisione *BVerfGE* 105, 73 *Pensionbesteuerung.*

6. W. SANDTNER, *Die abgestufte Nichtigkeit eines Rechtssatzes*, cit., pp. 236 ss.

7. Sul dinamismo del diritto costituzionale si veda Così P. HÄBERLE, *Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in *JZ*, 1976, p. 377 e Id., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, pp. 631-676.

8. Cfr. T. MAUNZ, *Das Verfassungswidrige Gesetz*, cit., p. 518.

9. "*Eine bloße Unvereinbarkeitserklärung, um den Gesetzgeber eine korrigierende Neugestaltung der Materie zu ermöglichen, scheidet nach der Art der festgestellten Verfassungsverstöße aus*". Cfr. *BVerfGE* 92, 9 (121).

fermato come "secondo la giurisprudenza consolidata del Tribunale costituzionale federale, si applica ora un rapporto inverso regola-eccezione: la conseguenza della regola è l'incompatibilità (ad es. BVerfGE 99, 280 <298>[BVerfG 11.11.11.1998 - 2 BvL 10/95]; 105, 73 <133>[BVerfG 20.02.2002 - 2 BvL 5/99]), mentre la nullità è l'eccezione (ad esempio BVerfGE 88, 87 <101 e seguenti; 92, 91 <121>; 99, 69 <83>[BVerfG 17.09.1998 - 2 BvK 1/98])[10].

Tale inversione, lo si anticipa sin da subito, si verifica frequentemente nel caso in cui una norma violi il principio di uguaglianza, sancito all'art. 3 della Legge Fondamentale.

Importa osservare peraltro che le sentenze di incompatibilità vengono frequentemente adottate in seguito ad una prognosi svolta dal *BVerfG*[11]: quest'ultimo valuta l'adozione di tale tecnica decisionale alla luce di un bilanciamento tra gli effetti conseguenti all'adozione della declaratoria di incostituzionalità e, appunto, quella di *incompatibilità*.

Il pragmatismo "costituzionalmente orientato"[12] ad esse sotteso presenta alcune rilevanti difficoltà: in primo luogo, quella relativa all'individuazione di una giustificazione giuridico-dogmatica della tipologia decisionale in discorso, e, in un secondo luogo, quella relativa alla descrizione dei *topoi* applicativi, atteso che i criteri di applicazione delle *Unvereinbarkeitserklärungen* sono spesso suscettibili di sovrapposizione.

Secondo la dottrina, una delle ragioni che si collocano alla base della deroga al tradizionale dogma della nullità della norma incostituzionale consiste nella progressiva "costituzionalizzazione" dell'ordinamento giuridico, dovuta in gran parte all'estensione dei diritti fondamentali, che esige

In tale occasione il *BVerfG* ha dichiarato che: "è esclusa una mera sentenza di incompatibilità per consentire al legislatore di effettuare una riorganizzazione correttiva della materia in funzione della natura delle violazioni costituzionali riscontrate".

10. Con riferimento alla violazione del principio di uguaglianza vige una regola eccezionale ed "invertita" (c.d. *Regel-Ausnahme-Verhältnis*), per cui al posto dell'adozione della sentenza di nullità il *BVerfG* adotta la sentenza di incompatibilità (si veda, ad esempio, *BVerfGE* 99, 280 <298>. Per un commento al § 3 *GG* con specifico riferimento alle decisioni di incompatibilità si rinvia a F. WOLLENSCHLÄGER, *Kommentar zum Grundgesetz*, C. H. Beck, München, 2018, al commento dell'art. 3 della Legge Fondamentale.

11. Secondo D'Amico "Nell'ordinamento tedesco si può dichiarare incostituzionale la legge, ma si possono allo stesso tempo modulare gli effetti della dichiarazione di nullità, o anche sospenderli"; si veda M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 56.

12. Sul c.d. "pragmatismo consequenzialista" delle Corti supreme e, quindi, anche del Giudice delle leggi, si veda V. CAPASSO, *Giudici consequenzialisti. La modulazione temporale degli effetti delle pronunce tra efficacia* ultra partes *ed effettività della tutela*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 25-29.

maggiore elasticità "decisionale"[13]: questi ultimi sarebbero, infatti, meglio tutelati per mezzo di una prassi decisionale elastica[14].

Di conseguenza, secondo tale ragionamento, la rinuncia alla dichiarazione di nullità o accoglimento sarebbe espressione di una tutela "dinamica" dei diritti fondamentali, poiché la possibile adozione di diverse tipologie di pronunce sarebbe funzionale allo svolgimento del ruolo di *Hüter der Verfassung*[15].

1.1. *La rivoluzione della quarta legge di modifica del* BVerfGG

Come si accennava, il *BVerfGG* è stato modificato dal legislatore in seguito all'adozione di "decisioni isolate in cui una legge è stata semplicemente dichiarata incompatibile"[16].

Ebbene, a seguito di tale modifica, i §§ 79 I *BVerfGG*, 31 II *BVerfGG*[17] e costituiscono, ad oggi, il (possibile, *sic*!) fondamento normativo delle *Unvereinbarkeitserklärungen*[18].

Secondo la dottrina, la positivizzazione delle sentenze di incompatibilità si è accompagnata ad uno – strategico – atteggiamento *neutrale* da parte del legislatore, tanto è vero che "anche le modifiche ai §§ 31, 79 *BVerfGG* apportate dalla quarta legge di modifica del *BVerfGG* dovevano essere solo di natura redazionale, senza comportare modifiche al contenuto [...]"[19].

13. U. BATTIS, in (a cura di Isensee, Kirchhof), "Handbuch des Staatsrechts", 2014, § 275 *Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen*, 2014, pp. 803-804; similmente anche la dottrina italiana, cfr. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., p. 166. A chi scrive sembra opportuno fare emergere il pensiero di Cappelletti a proposito delle c.d. *externalities* legate alle decisioni adottate dai giudici, il cui aumento è legato ad una società sempre più dinamica. Cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 24.

14. Sul rapporto tra diritti fondamentali e tipologie decisionali forgiate dalla Corte costituzionale si veda ancora C. PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la "rivoluzione della flessibilità")*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2006. Inoltre, sul punto si veda Così R. CAPONI, *Autonomia del processo costituzionale: note preliminari*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2010, p. 8.

15. Si riporta quanto scritto da E. BERTOLINI, *Le sentenze del Bundesverfassungsgericht*, in "Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità, Edizioni scientifiche italiane", cit., p. 218.

16. C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 188.

17. C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., p. 104.

18. Cfr. J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 211.

19. S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 47.

È chiaro, infatti, che il legislatore è intervenuto a riformare il *BVerfGG* non volendosi vistosamente "distanziare dalla nullità *ipso iure*"[20].

Tanto premesso, quanto alle disposizioni in questione, ai sensi del § 31 II *BVerfGG* una norma può essere dichiarata compatibile, incompatibile o nulla rispetto alla Costituzione; la disposizione regola anche l'"effetto vincolante della declaratoria di incostituzionalità", e, pertanto, anche della declaratoria di incompatibilità[21].

Ai sensi del § 79 I *BVerfGG* "contro una sentenza penale definitiva basata su una norma dichiarata incompatibile con la Legge Fondamentale o nulla ai sensi del § 78 o sull'interpretazione di una norma dichiarata incompatibile con la Legge Fondamentale dalla Corte costituzionale federale, la riassunzione del giudizio è ammissibile secondo le disposizioni del codice di procedura penale".

1.2. *L'effetto vincolante della declaratoria di incompatibilità*

Il § 31 *BVerfGG* è una delle disposizioni più rilevanti del *BVerfGG*[22] in quanto si riallaccia al fondamento dello Stato di diritto e della giurisdizione costituzionale, garantendo la superiortà della Costituzione rispetto alle altre fonti. Attraverso la disposizione in questione il *BVerfG* può "attribuire alle sue decisioni la necessaria forza vincolante [...]".

Ebbene, i destinatari dell'effetto vincolante sono gli organi costituzionali, i tribunali e le autorità pubbliche.

Per quanto riguarda il rapporto tra la Corte costituzionale federale e il legislatore, sembra importante sottolineare che, ai sensi della disposizione in discorso, il legislatore non può approvare una norma dotata dello stesso contenuto di quella dichiarata incompatibile, e ciò alla luce della vigenza del § 31 II *BVerfGG*, che attribuisce forza di legge alla *Unvereinbarkeitserklärung*[23]. Inoltre, sempre alla luce dell'analisi della disposizione in que-

20. Di qui la ragione della "blanda" regolamentazione delle decisioni di incompatibilità.

Si richiama nuovamente S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 40.

21. Così C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 188. Sulla problematica vincolatività delle decisioni del *BVerfG* si veda N. ACHTERBERG, *Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote*, in *DöV*, 1977, Heft 18, p. 657.

22. H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, cit., Rn. 1-12.

23. Sulla forza di legge delle decisioni del Tribunale costituzionale tedesco si veda N. WISCHERMANN, *Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1979.

stione, la sentenza di incompatibilità ha un effetto costitutivo *erga omnes* "dal momento della collisione della disposizione incostituzionale con la Legge Fondamentale […]"[24].

1.3. *Le modalità di esecuzione delle decisioni di incompatibilità*

Ai sensi del § 35 *BVerfGG* la *Unvereinbarkeitserklärung* costituisce non solo il fondamento dell'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile, ma anche il fondamento di possibili forme di esecuzione della pronuncia stessa[25].

La disposizione in questione, "espressione diretta dell'autonomia procedurale del Tribunale costituzionale federale"[26], svolge un ruolo fondamentale per la prassi temporalmente manipolativa del *BVerfG*, nonostante quest'ultimo lo menzioni raramente nelle proprie pronunce di incompatibilità[27].

Il *BVerfGG* ha "conferito al *BVerfG* tutta la competenza necessaria per l'esecuzione delle sue decisioni": in altri termini, il legislatore ha inteso attribuire al Tribunale costituzionale federale un'ampia sfera discrezionale quanto alla gestione relativa all'esecuzione delle proprie pronunce.

A questo proposito la dottrina si è chiesta se il Tribunale costituzionale federale rappresenti un *dominus* dell'esecuzione delle proprie sentenze, considerato, peraltro, che lo stesso *BVerfG* si è attribuito in via del tutto autonoma tale definizione[28].

Come forse è possibile immaginare, l'ampia formulazione della disposizione in esame è stata oggetto di ampie critiche[29], soprattutto con rife-

24. Così H. HEUßNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, cit., p. 258.

25. *Contra* W. ROTH, *Grundlagen und Grenzen von* Übergangsverordnungen *des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen*, in *AÖR*, 1999, p. 470, secondo il quale la disposizione in questione non funge da fondamento giuridico alla flessbilizzazione "estrema" degli effetti della declaratoria di incostituzionalità. Sul punto si veda anche B. SCHMIDT, BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE, H. BETHGE, § *78*, in *Bundesverfassungsgerichts-Kommentar*, cit., Rn. 65.

26. N. ACHTERBERG, *Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote*, cit., p. 657.

27. Al contrario, stando al sistema di giustizia costituzionale italiano, la Corte costituzionale non è "padrona dell'esecuzione" delle proprie pronunce: pertanto, non vi è una disposizione analoga, quanto al contenuto, al § 35 *BVerfGG*.

28. W. ROTH, *Grundlagen und Grenzen von Übergangsverordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen*, cit., pp. 487-88. Peraltro, come si vedrà, il *BVerfG* si è definito anche "signore del processo costituzionale".

29. S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG. Eine systematische Darstellung*, cit., p. 16, che sostiene la piena aderenza della disposizione in esame alla Costituzione.

rimento al precario rispetto del principio della separazione tra poteri che consegue ad una sua eventuale applicazione da parte del Tribunale costituzionale federale[30].

Infatti, la *ratio* del § 35 *BVerfGG* si basa sul peculiare *status* del *BVerfG*, il quale gode di una propria indipendenza istituzionale[31] per procedere alla concretizzazione del dettato costituzionale[32].

Tuttavia, come si accennava e come ha posto in evidenza di recente la dottrina[33], vi sono dei limiti rispetto ad un utilizzo eccessivamente "lato" della disposizione in questione. In primo luogo, il *BVerfG* non può in nessun caso creare diritto al fine di rendere la sua decisione praticabile. Ancora, la disposizione in questione non rappresenta una possible forma di esecuzione delle pronunce di natura cassatoria, poiché l'invalidità insita nell'incostituzionalità non può costituire oggetto di esecuzione ai sensi del § 35 *BVerfGG*.

Quanto alla possibile contrapposizione tra il § 35 e il § 31 *BVerfGG*, si consideri che il rapporto tra le due disposizioni potrebbe essere spiegato come segue: se la prima disposizione vincola "astrattamente" gli organi costituzionali, la seconda fornisce indicazioni concrete su come può avvenire l'esecuzione[34].

Interessante notare che, secondo la dottrina, la disposizione in discorso conosce un'applicazione adeguata "se lo esigono gli interessi della certezza del diritto e della chiarezza giuridica"[35].

In particolare, la giurisprudenza del *BVerfG* sul § 35 *BVerfGG* interessa due gruppi di casi: quello relativo alle disposizioni transitorie[36] (*Über-*

30. Per un'analisi di tali problematiche si rinvia a F. JERUSALEM, *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts* über *den Südweststaat-Streit*, in *NJW*, 1952, p. 48, il quale ravvisa nell'art. 35 del *BVerfG* il mancato rispetto del principio di separazione tra poteri.

31. H. SÄCKER, *Die Rechtsmacht des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber*, cit., p. 199, ma anche W. STUFFERT, *Die Abgrenzung der Tätigkeit des Bundsverfassungsgerichts gegenüber der Gesetzgebung und der Rechtsprechung*, in *NJW*, 1969, pp. 1396 ss. Per una ricostruzione dei lavori preparatori della disposizione di veda S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG. Eine systematische Darstellung*, cit., p. 11.

32. H. BETHGE, § 35, in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, cit., Rn. 11-32.

33. Così M. D'Amico, in M. D'AMICO, N. FIANO, *Tipologia ed effetti delle decisioni del* Bundesverfassungsgericht, in "Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparata alla luce del caso italiano", cit., p. 165.

34. Così M. D'AMICO, N. FIANO, *Tipologia ed effetti delle decisioni del* Bundesverfassungsgericht, in "Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparata alla luce del caso italiano", cit., p. 166.

35. In questo senso S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG. Eine systematische Darstellung*, cit., p. 43, alla quale si deve una profonda e dettagliata analisi sistematica del § 35 *BVerfGG*.

36. *BVerfGE* 48, 127 (184); 106, 62 (64); 122, 210 (247).

gangsregelungen) e quello relativo all'ordine di applicazione (o di validità) della norma dichiarata incompatibile (*Weitergeltungsanordnung*)[37], tanto è vero che il § 35 *BVerfGG* rappresenta una forma di legittimazione temporanea della legge incostituzionale[38].

Non sorprende quindi che i provvedimenti di esecuzione siano adottati se necessari alla preclusione della formazione di un vuoto normativo[39].

Se la giurisprudenza flessibile del *BVerfG* si basa – fondamentalmente – sulla ponderazione degli effetti delle proprie decisioni, non deve quindi stupire quanto significativamente affermato dalla dottrina, cioè a dire che "l'effettivo campo di applicazione dell'articolo 35 consiste […] nel bilanciamento delle conseguenze giuridiche"[40].

2. Il problema dell'individuazione di una casistica delle *Unvereinbarkeitserklärungen*: la prassi pragmatica, flessibile e non dogmatica

L'identificazione dei *topoi applicativi* delle sentenze di incompatibilità non costituisce affatto un'operazione semplice[41], poiché molto spesso il *BVerfG* non fornisce un'adeguata motivazione in merito alla scelta della tipologia decisionale temporalmente manipolativa[42].

37. Il fondamento dell'ordine di applicazione della norma incompatibile (*Weitergeltungsregelung*) non è rappresentato dal § 32 *BVerfGG*, in quanto la disposizione in questione regola la *einstweilige Anordnung.* Ancora S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 175. Si veda anche J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., pp. 225-230.

38. Cfr. H. BETHGE, § 35, in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar,* cit., Rn. 227.

39. S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG. Eine systematische Darstellung*, cit., p. 95.

Il largo utilizzo di tale disposizione al fine di legittimare l'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile ha spinto la dottrina a enucleare una competenza quasi legislativa in capo al *BVerfG*. Così H. BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 923.

40. Così R. LECHNER, H. ZUCK, *BVerfGG* § 35, Rn. 10-14, 2019, il quale si riferisce a H. BETHGE, § 35, in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar,* cit., Rn. 5.

41. Così M. T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, cit., 2018, pp. 34 ss. G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie* e Nachbesserungspflicht *nel controllo di costituzionalità*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 163.

42. M. SACHS, *Alternative Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des BVerfG*, in *DÖV*, 1982, p. 26. Si veda ancora S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 49.

Come è stato correttamente affermato dalla dottrina, non esistono soluzioni uniformi[43]: tale difficoltà sembra essere legata al pragmatismo che connota le decisioni di incompatibilità[44], difficilmente categorizzabili secondo indici di natura teorica[45].

Tuttavia, meritano di essere riportati alcuni tentativi di sistematizzazione dei campi applicativi delle decisioni di incompatibilità, particolarmente rilevanti sul piano dogmatico.

In linea del tutto generale, tale tipologia decisionale viene adottata[46]:

a) quando il legislatore ha diverse possibilità per eliminare il vizio di legittimità costituzionale, e, nello specifico, nel caso in cui venga violato il principio di uguaglianza[47], considerato l'ampio margine discrezionale sussistente in capo al legislatore al fine di ripristinare la legalità violata[48];

b) se "nell'interesse del benessere comune è necessaria una transizione dalla situazione incostituzionale alla situazione giuridica costituzionale"[49].

In buona sostanza, tale ambito applicativo rileva nel caso in cui l'adozione di una declaratoria di incostituzionalità aggraverebbe ulteriormente lo stato di incostituzionalità esistente in seno all'ordinamento giuridico[50]: in questo senso rileva la "teoria del caos".

Tale ambito applicativo è legato al tema della "responsabilità delle conseguenze"[51] ricollegabile alle pronunce adottate dal *BVerfG*, che emerge nell'ambito del diritto della funzione pubblica[52], nel diritto tributario, nel di-

43. Cfr. F. HUFEN, NÖRR, STIEFENHOFER LUTZ, *Beschränkung von Urteilswirkungen im Falle der Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Rechtsnormen – Teil 1 – Rechtsgutachten*, 2008, nota 18.

44. Così *BVerfGE* 28, 277.

45. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., p. 190.

46. A. HEUSCH, § 31, in (a cura di C. Burkiczak, F. W. Dollinger, F. Schorkopf), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., Rn. 81, p. 489. Ancora S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 230. Cfr. K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 395 ss.

47. *BVerfGE* 126, 268 (284 ss.); 99, 280 (298). Come si vedrà, vi sono tuttavia delle eccezioni. Cfr. H. MAURER, *Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, in "FS Werner Weber", Duncker & Humblot, Berlin, 1974, p. 345.

48. Il rispetto della sfera discrezionale del legislatore rileva a tal punto con riferimento alla giurisprudenza temporalmente manipolativa del *BVerfG* che la dottrina di Parodi ha posto quale possibile fondamento della giustificazione delle *Unvereinbarkeitserklärungen* l'argomento della discrezionalità del legislatore, in G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 65.

49. R. GAIER, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in *Jus*, 2015, p. 964.

50. *BVerfGE* 83, 130 (154); 85, 264 (326 ss.).

51. H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, cit., Rn. 216. Tale Randnummer viene denominato "*Sieg der Staatsräson*".

52. Ci si riferisce al c.d. *Beamtenrecht*.

ritto penale e nel diritto del sistema di sicurezza dello Stato sociale, a fronte dell'emersione di un *deficit* normativo[53], che si ricollega, a sua volta, all'emersione di un "rischioso" deficit normativo nel contesto del diritto tributario, del diritto penale e del diritto del sistema di sicurezza dello Stato sociale.

In generale, il ricorso a tale *topos* giustificativo è finalizzato a garantire la funzionalità dell'ordinamento giuridico nel suo insieme[54].

Ne sono un esempio le sentenze sul monopolio di Stato per le scommesse sportive[55] e il divieto di fumare nei ristoranti[56], dove l'adozione di una sentenza di incompatibilità (integrata dall'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile) ha di fatto eliminato i "rischi" che dalla "dipendenza dal gioco d'azzardo" e dal "fumo di tabacco"[57] sarebbero derivati nel caso in cui fosse stata adotta una *Nichtigkeitserklärung* (o una decisione di incompatibilità "pura").

La dottrina ha individuato ulteriori ambiti applicativi della tipologia decisionale in esame.

Ci si riferisce, ad esempio, al caso in cui la norma incostituzionale non sia *de facto* delimitabile[58].

Ad esempio, il *BVerfG* ha dichiarato nella sentenza del 26 aprile 1994 che "se una norma non è conforme alla Legge Fondamentale, essa deve essere dichiarata nulla in linea di principio (§ 82 I in combinato disposto con § 78 I *BVerfGG*). Tale soluzione è esclusa, tuttavia, se la parte incostituzionale della norma non è chiaramente delimitabile o se il legislatore ha varie possibilità per eliminare il vizio di legittimità costituzionale"[59].

Secondo la (peculiare) dottrina di Moes, infine, vi sono due ulteriori ambiti applicativi delle decisioni di incompatibilità: quello che presuppone un bilanciamento con riferimento al principio relativo alla separazione tra poteri e quello che, invece, si fonda su considerazioni di natura fiscale[60].

53. Ancora si veda S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 145.

54. J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 216. L'autore è del tutto critico rispetto a tale *Anwendungstopos.* Così anche C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 194.

55. *BVerfGE* 115, 276.

56. *BVerfGE* 121, 317.

57. Cfr. R. GAIER, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, cit., p. 965.

58. Così H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtgesetz. Kommentar*, cit., Rn. 210.

59. *BVerfGE* 90, 263 (276): "*Steht eine Norm mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, so ist sie grundsätzlich für nichtig zu erklären (§ 82 Abs. 1 i.V.m. § 78 Satz 1 BVerfGG). Etwas anders gilt jedoch, wenn der verfassungswidrige Teil der Norm nicht klar abgrenzbar ist oder wenn der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten hat, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen*".

60. C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 29 ss.

2.1. *Esiste un* numerus clausus *dei casi di applicazione delle* Unvereinbarkeitserklärungen*?*

Poiché le sentenze di incompatibilità si fondano sul pragmatismo decisionale del *BVerfG* e conoscono un fondamento normativo e dogmatico-teorico di natura incompleta, ci si potrebbe anche spingere a sostenere la potenziale indefinitezza degli stessi campi applicativi.

Ciononostante, alla luce della percepita esigenza di rispettare la discrezionalità del legislatore, il *BVerfG* potrebbe prevedere, ai fini di una progressiva "costituzionalizzazione" dell'ordinamento giuridico, ulteriori ambiti di applicazione.

3. Le sottocategorie delle *Unvereinbarkeitserklärungen*

Stando a quanto sostenuto dalla dottrina, non solamente è difficile individuare gli ambiti applicativi delle decisioni di incompatibilità, ma anche l'individuazione delle varianti (o sottocategorie) delle stesse risulta di non facile enucleazione[61].

A tal proposito occorre premettere che nel presente studio, ad esempio, le *Appellentscheidungen*, corrispondenti alle sentenze monito, non sono considerate come una variante decisionale che si interseca con le sentenze di incompatibilità[62].

Le *Appellentscheidungen* e le *Unvereinbarkeitserklärungen* hanno infatti finalità del tutto diverse: se la prima si muove nel contesto dell'"ancora costituzionalità", con la seconda, al contrario, il *BVerfG* dichiara l'illegittimità costituzionale della norma viziata.

Tanto chiarito, nei paragrafi che seguono verranno analizzati i tratti essenziali delle varianti decisionali che interessano la *Unvereinbarkeitserklärung.*

3.1. *La sentenza di incompatibilità "pura"*

La "mera" sentenza di incompatibilità[63] (d'ora in poi sentenza di incompatibilità "pura") è contraddistinta da una funzione specifica: quella

61. Si veda M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., pp. 20-21.

62. Cfr. T. H. YANG, *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Nomos, Baden-Baden, 2003.

63. Tale tipologia decisionale viene anche denominata "Aussetzungsorientierte Unvereinbarkeitserklärung". Si veda M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgenn*, cit., pp. 42 ss.

di promuovere la transizione dell'ordinamento giuridico da uno *status* non conforme a Costituzione ad uno *status* di conformità a Costituzione attraverso l'attività di cooperazione di organi costituzionali con il Tribunale costituzionale federale[64].

In linea di principio, in essa è possibile ravvisare la forza della *Nichtigkeitslehre*, poiché l'accertamento e la dichiarazione della mera incompatibilità di una norma hanno, in linea di principio, gli stessi effetti *ex tunc* della *Nichtigkeitserklärung*. La riforma che deve essere posta in essere dal legislatore al fine di rimuovere il vizio di legittimità costituzionale, infatti, ha, di regola, efficacia retroattiva[65].

La norma incompatibile continua a sopravvivere nell'ordinamento giuridico fino all'intervento legislativo.

Conseguentemente, la *Unvereinbarkeitserklärung* si caratterizza per la previsione "strutturale" di un obbligo di riforma indirizzato al legislatore (c.d. *Nachbesserungspflicht*).

Ai sensi dell'art. 20 III della Legge Fondamentale, il legislatore deve "realizzare immediatamente (senza indugi di natura dolosa) uno status giuridico costituzionalmente conforme […]"[66].

Due sono quindi gli elementi che caratterizzano la sentenza di incompatibilità "pura": l'obbligo di riforma che nasce in capo al legislatore e il rispetto – da parte del Giudice delle leggi – della sua sfera discrezionale[67], definita dalla dottrina nel senso di "un bene giuridico di grande peso nella Costituzione"[68].

Secondo attenta dottrina, la tutela della sfera discrezionale del legislatore risponde all'esigenza di tutelare il principio della separazione tra poteri[69].

64. H. BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, in *DVBl*, 2004, p. 919. Nel caso di specie (*Sportwetten-Urteils*) il *BVerfG* ha adottato una decisione di incompatibilità in quanto "*das Monopol bzw. jegliches Engagement des Staates auf diesem Gebiet eine gesetzliche Grundlage benötigt*". Cfr. ancora H. BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 917.

65. *BVerfGE* 37, 217 (262); si veda anche la decisione del 4 maggio 2020 - 2 BvL 6/17, Rn. 94, in tema di prestazioni sociali.

66. Così H. HEUßNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, cit., p. 258. Si veda *amplius* M. KLEUKER, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, pp. 30-31.

67. H. BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 919.

68. Cfr. H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?,* cit., p. 229.

69. Cfr. A. P. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 176.

La sentenza di incompatibilità pura viene adottata, nella maggior parte dei casi, quando viene violato il principio di uguaglianza[70].

Se già nel 1957[71] il *BVerfG* aveva adottato una sentenza di incompatibilità pura (la prima) in tema di stipendi corrisposti a soggetti appartenenti ad enti non territoriali alla luce della violazione dell'art. 3 della Legge Fondamentale[72], nel 1961 il *BVerfG* aveva manifestato, *expressis verbis*, la necessità che il legislatore ristabilisse la legalità violata[73].

La "rivoluzione" di cui sono state portatrici le decisioni di incompatibilità ha conosciuto il suo culmine nel 1970, in occasione dell'adozione della *BVerfGE* 28, 227 (*Steuerpriviligierung der Landwirten*), in cui il *BVerfG* aveva dichiarato che l'adozione di una sentenza di nullità a fronte della violazione del principio di uguaglianza non avrebbe contribuito alla tutela e alla garanzia della sfera discrezionale del legislatore: di qui, il nesso genetico esistente tra la dichiarazione dell'incompatibilità di norme di natura discriminatoria e l'intervento "riparativo" del legislatore[74].

Tuttavia, talvolta può accadere che l'adozione di una sentenza di incompatibilità pura al fine di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'esclusione irragionevole di benefici in capo a determinati soggetti, determini "[…] una situazione di ancora maggiore incostituzionalità"[75].

Viene in questo caso in rilievo la decisione di incompatibilità integrata dall'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile, la quale svolge un ruolo essenziale nel contesto della giurisprudenza temporalmente manipolativa del *BVerfG*, al punto che la dottrina, riferendosi alle conseguenze delle sentenze di incompatibilità, ha avuto modo di chiarire che "nel caso dell'adozione di una sentenza di incompatibilità, il *BVerfG* può anche astenersi completamente dall'ordinare la (continua) applicazione della norma dichiarata incompatibile"[76], come a dire che l'astensione

70. M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 43. Si tratta a tutti gli effetti del "*Prototyp der Unvereinbarkeitserklärungen*", così M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 21.

71. *BVerfGE* 6, 246 (246 ss.).

72. Si veda *BVerfGE* 6, 246 (256 s.).

73. *BVerfGE* 13, 248. Così M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 23.

74. Cfr. R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, in *NJW*, 1996, p. 285.

75. "*Ein der Verfassung noch weniger entsprechender Zustand entstehen*". Così la dottrina di S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 182.

76. Cfr. R. GAIER, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in *JuS*, 2011, p. 965.

dall'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile costituisce un'eccezione nella prassi "flessibile" del *BVerfG*[77].

3.2. *La* Unvereinbarkeitserklärung *e la c.d.* weitere Anwendbarkeit *della norma dichiarata incompatibile*

Il *BVerfG* può dichiarare una norma incompatibile ordinandone l'applicazione oppure prevedendo l'applicazione di una regolamentazione di natura transitoria[78]: l'ordine di "continuata" validità (della norma)[79], cioè la c.d. *Fortgeltungsanordnung*, denominata anche "plateau"[80] della mera dichiarazione di incompatibilità, costituisce un *aliud* rispetto al "blocco di applicazione" della norma incompatibile che contraddistingue le sentenze di incompatibilità pura.

Occorre innanzitutto sottolineare che la prassi della *Fortgeltungsanordnung*[81] non è disciplinata né dalla Legge Fondamentale né dalla legge sul funzionamento del *BVerfG*[82].

In generale, la variante decisionale in discorso[83] garantisce "interessi pubblici di rilievo"[84]: dal momento che la norma dichiarata incompatibile diviene eccezionalmente oggetto di applicazione da parte dei giudici, è ne-

77. Ne è una conferma la decisione del 3 novembre 2021 - 1 BvL 1/19, Rn. 92, in tema di oneri municipali.

78. Per la terminologia si veda C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., p. 173 e C. BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, cit., p. 127.

79. Anche identificata come *Weitergeltungsanordnung*, che significa ordine di "continua validità", o, se si vuole, di validità "ultrattiva".

80. Cfr. H. BETHGE, in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, 2014, Rn. 65; si veda R. WERNSMANN, *Das gleichheitswidrige Steuergesetz – Rechtsfolgen und Rechtsschutz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 213 e M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., p. 39.

81. Per un contributo recente su tale variante decisionale cfr. G. NAGLIERI, *Un nuovo modello decisorio per un nuovo equilibrio tra poteri?* Unvereinbarkeitserklärung e Anwendungssperre *nel diritto processuale costituzionale italiano (brevi note, comparate, a margine di Corte cost. ord. 132/2020),* in *Consulta Online*, 1/2021.

82. P. BENEDIXEN, *Weitergeltungsanordnungen von verfassungswidrigen Besteuerungen durch das BVerfG*, in *ZRP*, 2009, p. 85.

83. La *Fortgeltungsanordnung* non costituisce uno strumento decisionale a se stante.

84. La prassi fa riferimento a "*bedeutende Gemeinwohlinteressen*". Cfr. K. GRAßHOF, § 78, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., Rn. 72. Si consideri la c.d. *Chaos Theorie* ha quindi svolto *ab origine* un ruolo essenziale nella diffusione delle sentenze di incompatibilità. Cfr. *BVerfGE* 7, 320.

cessario che "il dispositivo in particolare, ma anche le ragioni di una simile decisione siano valutate molto attentamente"[85].

Secondo la giurisprudenza consolidata del *BVerfG*, "se una disposizione non è conforme alla Legge Fondamentale, essa deve in linea di principio essere dichiarata nulla (§ 95 Abs. 3 Satz 1, § 78 Satz 1 BVerfGG). Vi è una soluzione diversa, tuttavia, nei casi in cui l'annullamento di una disposizione porti ad una situazione 'che corrisponderebbe ancora meno all'ordine costituzionalmente garantito' (BVerfGE 116, 69 <93>), perché si creerebbe un 'vuoto giuridico' (BVerfGE 37, 217 <260 f.>) oppure, in quanto la formazione di vuoti normativi condurrebbe alla produzione di un 'caos' normativo (BVerfGE 73, 40 <42, 101 f.>). Di norma, il Bundesverfassungsgericht adotta in questi casi una sentenza di incompatibilità e nel contempo ordina il mantenimento della validità della norma incostituzionale per un certo periodo di tempo"[86].

La logica alla base della strategia decisionale in oggetto consiste nel "mantenimento di norme incostituzionali fino alla riforma legislativa […] costituzionalmente necessaria"[87] al fine di "evitare il verificarsi di uno *status* ordinamentale ancora più incostituzionale"[88].

Ancora, l'applicabilità della norma incompatibile oltre il *dies a quo* si basa sulla "ponderazione di tutte le circostanze"[89].

Quanto alla ricostruzione dogmatico-strutturale della variante decisionale in questione, "nella disposizione dell'ulteriore applicabilità della norma incompatibile, il *BVerfG* struttura il dispositivo su due fasi", considerato che il fondamento della sentenza di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung* consiste nella (previa) dichiarazione della (mera) incompatibilità di una norma[90].

85. Cfr. H. HEUßNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, cit., p. 258.

86. Cfr. *BVerfGE* 128, 326.

87. C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 194.

88. Si veda S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 231.

89. Si fa riferimento alla ricorrente "*Abwägung aller Umstände*". Così *BVerfGE* 92, 158 (187).

90. Di recente il *BVerfG*, nella decisione del 24 marzo 2021 - 1 BvR 2656/18, ha affermato che, nel caso in cui risulti necessario evitare che dalla declaratoria di incostituzionalità derivi una situazione ancora più incostituzionale, di regola viene adottata una pronuncia di incompatibilità comprensiva dell'ordine di applicazione della norma incompatibile per un certo lasso di tempo (Rn. 267). Pare interessante porre in evidenza come la tecnica della c.d. *Weitergeltungsanordnung* non sembri rappresentare, alla luce della pronuncia appena riportata, un'eccezione rispetto alla pronuncia di incompatibilità pura. Ancora, rileva in questo senso la pronuncia del 7 luglio 2020 - 2 BvR 696/12, Rn. 103 sull'amministrazione comunale in tema di educazione e partecipazione.

La dottrina italiana ha affermato, a proposito delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, che esse svolgono la funzione di ridurre al minimo l'impatto demolitorio provocato dalla declaratoria di incostituzionalità[91]: più nello specifico, la variante decisionale analizzata nel presente paragrafo svolge proprio la funzione di realizzare una *species* particolare di graduazione degli effetti conseguenti alla dichiarazione dell'incostituzionalità di una norma[92], ancor più peculiare rispetto a quella realizzata dall'adozione della sentenza di incompatibilità pura, e ciò in considerazione del fatto che il *BVerfG* può decidere autonomamente "in che grado generare ripercussioni sull'ordinamento giuridico"[93].

Tanto chiarito, esistono diverse tipologie di *Fortgeltungsanordnungen*[94]:

a) la prima variante, la c.d. *vorläufige Weitergeltungsanordnung*, prevede che la disposizione incostituzionale venga applicata dai giudici fino al futuro intervento del legislatore, il quale è comunque tenuto a riformare la disciplina incostituzionale con effetto anche nei confronti del passato, fino al punto di collisione;

b) la seconda variante, la c.d. *endgültige Weitergeltungsanordnung*, prevede che il "diritto incostituzionale" sia definitivamente riconosciuto quale base dell'azione politica ed economica, senza che il legislatore sia obbligato ad adottare una nuova norma (costituzionalmente conforme) ed efficace rispetto al passato[95].

3.2.1. Il fondamento della c.d. *Fortgeltungsanordnung*

Tanto chiarito, è innegabile che la decisione di incompatibilità contraddistinta dalla *Fortgeltungsanordnung* si ponga in forte contraddizione con il principio della gerarchia delle fonti.

91. Si veda R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio* a quo*: la Corte alla prova dei fatti*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 460.

92. Sulla "*abgestufte Nichtigkeit*" (ovvero la nullità graduata) cfr. W. SANDTNER, *Die abgestufte Nichtigkeit eines Rechtssatzes*, cit., pp. 232-233.

93. Così E. BERTOLINI, *Le sentenze del* Bundesverfassungsgericht: *tipologie ed effetti*, cit., p. 218. Cfr. anche M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit, p. 19.

94. F. HUFEN, NÖRR, STIEFENHOFER LUTZ, *Beschränkung von Urteilswirkungen im Falle der Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Rechtsnormen – Teil 1 – Rechtsgutachten*, cit., p. 24.

95. M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigungsteuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., p. 219.

In particolare, nel contesto dell'analisi dei problemi del diritto processuale costituzionale e soprattutto con riferimento all'applicazione della norma incostituzionale prima della declaratoria di incostituzionalità, Cappelletti aveva sottolineato che nessuno può pretendere che l'applicazione della *lex inferior* si sostituisca a quella della *lex superior*[96].

La *ratio* della giustizia costituzionale italiana potrebbe ammettere (e ha ammesso) un tale capovolgimento del rapporto tra fonti in qualità di un'"interferenza solo transitoria" e "giustificata per quanto strettamente necessario ad evitare pregiudizi gravi e irreparabili a interessi costituzionali"[97].

La Corte costituzionale ha infatti eccezionalmente agito come "legislatore temporaneo di emergenza" o "legislatore eccezionale"[98].

A questo proposito assume rilievo la sent. n. 41 del 2021, ove è stata dichiarata l'applicabilità della norma dichiarata incostituzionale[99].

Occorre chiedersi se sia costituzionalmente consentito al *BVerfG* di "postulare" la sopravvivenza della disposizione incostituzionale non solo in termini di applicabilità (e quindi di efficacia), ma anche in termini di validità, violando così il principio del primato costituzionale, sancito dagli artt. 1 III e 20 III della Legge Fondamentale[100].

Come si è già avuto modo di accennare, la c.d. *Fortgeltungsanordnung* determina il "prolungamento" della validità della norma incostituzionale, che continua a vivere nell'ordinamento giuridico, divenendo oggetto di applicazione da parte dei giudici e delle autorità amministrative.

Come può essere giustificato un meccanismo decisionale a tal punto in disaccordo con il primato della Costituzione?

Il superamento di tale *empasse*[101] consiste primariamente nella neces-

96. M. CAPPELLETTI, *Spunti da una discussione su problemi attuali della giustizia costituzionale*, cit., 1967, p. 590.

97. Così A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 531.

98. Cfr., ancora, A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 531.

99. Cfr. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 23.

100. Si veda M. LÖWISCH, *Zu den Folgen der Nichtigkeitsfeststellung eines Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht insbesondere für private Verhältnisse*, in *JZ*, 1961, 731; si segnala anche la significativa tesi di Arndt. Cfr. A. ARNDT, Die *Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, in *DÖV*, 1959, pp. 81-84.

101. "*Nach einem Teil der Doktrin interessiert sich das Verfassungsgericht für die Konsequenzen, die sich aus der Annahme seiner eigenen Entscheidungen ergeben, was in keiner Weise notwendig ist, da die fragliche Zuständigkeit ausschließlich den politischen Mächten gehören würde*"; così J. FROWEIN, *Zur vorgeschlagen* Änderung *von §*

saria relativizzazione del dogma della nullità[102]: la validità di una norma incostituzionale, in altri termini, può porsi alla base del rispetto di un altro principio costituzionale[103]. Quindi, se una legge è incostituzionale perché contraddice una disposizione costituzionale, ma la validità della norma è richiesta da un'altra disposizione costituzionale, la soluzione del "conflitto" si risolve nella valutazione del "peso" delle disposizioni costituzionali[104].

In secondo luogo, si consideri che il meccanismo sotteso alla *Fortgeltungsanordnung* conosce una rilevante forma di applicazione nel sistema di giustizia[105] cosituzionale austriaco, ai sensi dell'art. 140 della Costituzione[106].

L'esperienza austriaca[107] esercita nei fatti una notevole influenza sull'esperienza temporalmente manipolativa tedesca. Da un lato la Corte austriaca, similmente al *BVerfG*, si avvale dell'opzione della "fissazione di un termine per l'abrogazione della norma incostituzionale" entro il quale il legislatore "può quindi intervenire al fine di rimediare alla situazione in-

79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, cit., p. 594. Si veda anche W. R. SCHENKE, *Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen* Überprüfung, in *NJW*, 1999, p. 1329, ancora attuale.

102. Cfr. M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., pp. 183 ss. Si veda anche J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 153. Si veda anche S. KREUTZBERGER*, Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 178. *Contra* Ipsen. Secondo l'autore una validità temporanea della norma dichiarata incompatibile viola il primato della Costitizione: una "*temporäre - normative - Geltung verfassungswidriger Normen widerspräche dem unbedingten Gelrungsanspruch - dem Grundsatz der "Unverbrüchlichkeit" der Verfassung*". Così J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 313.

Interessante è l'analisi sul superamento dell'equivalenza incostituzionalità-nullità di M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., pp. 310-318.

103. In punto di relativizzazione dei principi costituzionali si veda l'autorevole dottrina di J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 15; M. DIETZ, *Verfassungsrechtliche Unvereibarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 183 e M. RUOTOLO, *La dimensione temporale*, cit., p. 377.

104. Così M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen,* cit., pp. 183 ss. Cfr. *BVerfGE* 33, 303 (305); 72, 330 (333); 91, 86 (207); 98, 169 (215); 115, 276 (319); 121, 108 (131 s).; 128, 326 (332).

105. Si veda M. T. RÖRIG, *Austria*, in in (a cura d P. Passaglia), "Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità", Corte costituzionale, Servizio studi, Area di diritto comparato, 2017, p. 24.

106. K. GRAßHOF, § 78, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., Rn. 45.

107. La dottrina ha qualificato la manipolazione degli effetti delle pronunce di incostituzionalità nel tempo con riferimento all'esperienza austriaca nel senso di una "stravaganza". Così P. PASSAGLIA, *Presentazione*, in "Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità", cit., p. 11.

costituzionale”, e, dall’altro, l’istituto austriaco del premio di cattura è stato utilizzato da parte del *BVerfG*.

Il Tribunale costituzionale, consapevole del rischio di trasformare la propria giurisprudenza in una eventuale “tiranniade” per i cittadini, ha utilizzato in due casi la tecnica “salvadiritti” utilizzata dal Tribunale costituzionale austriaco, che, soprattutto in materia tributaristica, tende a tutelare il diritto di difesa delle parti del processo principale, e ciò anche in ragione della simpatia esternata dal giudice Prof. Dr. Paul Kirchhof nel 1996 per la normazione austriaca[108].

Infine, vi è chi ha sottolineato che lo scopo della disposizione dell’ordine di validità della norma incompatibile sia quello di garantire opzioni di valore costituzionalmente rilevanti. In effetti, il § 35 *BVerfGG* sembra assolvere, nella sua veste di *extrema ratio*, a tale funzione[109]. Il prolungamento della validità della norma incompatibile può, infatti, salvaguardare la Costituzione evitando una situazione di “maggiore incostituzionalità”.

3.3. *La decisione di incompatibilità integrata da una* Übergangsregelung

La terza variante delle *Unvereinbarkeitserklärungen* è connotata dalla presenza di disposizioni autonomamente individuate dal *BVerfG*.

Le disposizioni transitorie esistono anche a prescindere dall’adozione delle decisioni di incompatibilità, ad esempio con riferimento alle *Nichtigkeitserklärungen*. Si pensi alle decisioni *BVerfGE* 1, 39 - *Schwangerschaftsabbruch* I[110] e *BVerfGE* 88, 203[111] - *Schwangerschaftsabbruch* II[112].

Quando le disposizioni di natura transitoria vengono adottate in concomitanza con la decisione di incompatibilità, quest’ultima assume il ruolo di “base decisionale”, in quanto la *Übergangsregelung* non rappresenta una tipologia decisionale indipendente.

108. È quanto riporta M. SCHWENKE, *Ist eine “Ergreiferprämie” nach* österreichischem *Vorbild sinnvoll? – Zum Beschluß des BVerfG vom 10.11.1998, 2 BvR 1057/91, 1226/91, 980/91*, cit., p. 406.

109. Cfr. W. ROTH, *Grundlagen und Grenzen von Übergangsverordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen*, cit., 477.

110. *BVerfGE* 39, 1 (68). Il § 35 *BVerfGG* viene menzionato.

111. *BVerfGE* 88, 203 (335). Il § 35 *BVerfGG* viene menzionato.

112. Sul punto si veda S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 231. Sulla pronuncia in discorso si rimanda altresì all’ampio studio di M. D’AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994. Ancora, si veda G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e* Nachbesserungspflicht *nel controllo di costituzionalità*, cit., pp. 117 ss.

La *Übergangsregelung* costituisce un diritto transitorio o provvisorio suscettibile di essere sovrapposta alla *Fortgeltungsanordnung*[113], tanto è vero che la dottrina ha avuto difficoltà a separare i due istituti[114] caratterizzanti l'armamentario temporalmente manipolativo del *BVerfG*.

Da un punto di vista dogmatico, tuttavia, la seconda variante decisionale appena analizzata costituisce un *aliud* rispetto alla variante in discorso, poiché solamente quest'ultima realizza una modifica del contenuto della norma dichiarata incompatibile.

L'adozione delle *Übergangsregelungen*, come si è avuto modo di accennare, sembra porsi in contrasto con il principio della separazione dei poteri e con il principio della legalità, soprattutto con riferimento al diritto penale[115].

Non solo, esse sembrano porsi *ictu oculi* in contrasto anche con il principio del primato della Costituzione, poiché la norma incompatibile non solo continua ad esistere, ma viene addirittura parzialmente modificata dallo stesso Tribunale costituzionale federale.

Tuttavia, secondo parte della dottrina, tale variante decisionale deve ritenersi costituzionalmente ammissibile[116]: le disposizioni transitorie vengono infatti spesso adottate in via di *extrema ratio* al fine di salvaguardare il benessere comune.

La *Übergangsregelung* deve essere applicata dai giudici comuni fino al futuro intervento del legislatore: la *ratio* è quella di non creare un vuoto giuridico nell'attesa della riforma legislativa che, evidentemente, non può essere suscettibile di immediata realizzazione.

Secondo Seer, il vuoto giuridico che potrebbe conseguire alla declaratoria di incostituzionalità *tout-court* risulta particolarmente gravoso nella materia economico-fiscale: pertanto, in alcuni casi, la disciplina transitoria forgiata dal *BVerfG* può anche avere un proprio contenuto sostanziale,

113. Ancora S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 168.

114. G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e* Nachbesserungspflicht *nel controllo di costituzionalità*, cit., p. 220.

115. Molto critico sul punto è W. ROTH, *Grundlagen und Grenzen von* Übergangsverordnungen *des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen*, in cit., p. 474; M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., p. 182.

116. Cfr. ancora M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., p. 186.

cosicché il Tribunale costituzionale federale possa provvedere autonomamente all'eliminazione – in via transitoria – del vizio di legittimità costituzionale[117].

Secondo Schwindt, nell'ambito del diritto tributario, dall'adozione della pronuncia del *BVerfG* non possono derivare conseguenze incostituzionali[118]: per questo motivo le norme transitorie vengono forgiate in ragione del fatto che il diritto tributario si fonda su "interessi fiscali"[119].

Più in generale, al di là della materia economico-finanziaria, il *BVerfG* si atteggia a "legislatore provvisorio" qualora debba assumere il ruolo di legislatore d'emergenza[120].

Quando il *BVerfG* adotta simili decisioni, "non solamente adotta un dispositivo non regolamentato del *BVerfGG*, ma determina altresì cosa debba accadere nel periodo transitorio"[121].

Una regolamentazione di natura transitoria è stata ordinata dal *BVerfG* in occasione della sentenza sul finanziamento ai partiti (*Parteispenden-Urteil*)[122]. In tale occasione il Tribunale costituzionale ha dichiarato che "la dichiarazione di nullità (parziale) è esclusa in considerazione dell'esistenza di diverse opzioni legislative per eliminare la violazione costituzionale (cfr. *BVerfGE* 61, 43 [68] con w. N.). Deve pertanto essere lasciato al legislatore il compito di sanare la violazione del principio dell'eguale partecipazione da parte dei cittadini al processo decisionale politico. […] Se le norme sono dichiarate incompatibili con la Legge Fondamentale, ciò ha come conseguenza, in linea di principio, che esse non possono più essere applicate dai tribunali e dalle autorità amministrative nella misura risultante dal tenore (*BVerfGE* 37, 217 [261]; 55, 100 [110]; 61 319 [356] […] Nel caso di specie, è necessario prevedere un regime transitorio fino ad una nuova regolamentazione legislativa. In questo modo si eviterà che si crei un vuoto giuridico e che si creino incertezze sulla situazione giuridica sia da

117. R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, cit., p. 287.

118. M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., p. 184.

119. Così H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen*, cit., p. 207.

120. Si riporta quanto sostenuto da S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 167.

121. H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflich bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., p. 209.

122. Sulla giurisprudenza costituzionale del *BVerfG* e il finanziamento ai partiti si veda V. SCHÜTTE, *Parteifinanzierung: Die doppelte Wende des Bundesverfassunggerichts und die Folge,* in *Kritische Justiz* Vol. n. 26, No. 1 (1993), pp. 87-92.

parte dei contribuenti interessati che da parte delle autorità pubbliche (cfr. *BVerfGE* 37, 217 [261]). Gli articoli 10 b EStG e 9 n. 3 KStG devono essere applicati a titolo di accertamento fiscale provvisorio (articolo 165 AO; *BVerfGE* 61, 319 [357]), a condizione che le spese per la promozione della politica statale siano deducibili per ogni contribuente fino ad un importo massimo di 100 000 DM – con la soppressione delle restrizioni sulle percentuali precedentemente previste"[123].

In questo caso, quindi, il *BVerfG* ha rinunciato alla dichiarazione di nullità per il timore che si creasse un vuoto giuridico; inoltre, la semplice *Fortgeltungsanordnung* sarebbe risultata non conforme a Costituzione in ragione della peculiare natura del vizio di legittimità costituzionale della norma dichiarata incompatibile[124].

Il *BVerfG* ha ragionato diversamente nella sentenza sulla legge relativa alla cogestione (*Mitbestimmungsgesetz*) dello Schleswig-Holstein, in cui è stata dichiarata l'incompatibilità di alcune disposizioni della legge in questione con l'art. 28 I alinea 1, in combinato disposto con l'art. 20, II, della Legge Fondamentale, prevedendo la *Fortgeltungsanordnung*[125] in ragione della percepita necessità di "coinvolgere nei Länder i rappresentanti del personale anche nelle questioni interne, sociali e dello stesso personale dei lavoratori"[126].

Un esempio "puro" di sentenza di incompatibilità caratterizzata dalla previsione di una regolamentazione transitoria è la pronuncia sul cognome dei coniugi[127], in occasione della quale il *BVerfG* ha dichiarato incompatibile con l'articolo 3 II della Legge Fondamentale il § 1355.2 alinea 2 del Codice civile del 14 giugno 1976 (Gazzetta ufficiale federale I p. 1421). Nonostante non sia stato menzionato né nella parte motiva né nel dispositivo il § 35 *BVerfGG*, tuttavia il *BVerfG* ha previsto una regolamentazione di natura transitoria.

In primo luogo, il *BVerfG* ha dichiarato che "se una disposizione è dichiarata incompatibile con la Legge Fondamentale, ciò ha come conseguenza, in linea di principio, che essa non può più essere applicata dai

123. *BVerfGE* 73, 40 (101 ss.).

124. G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e* Nachbesserungspflicht *nel controllo di costituzionalità*, cit., p. 350.

125. J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 99.

126. *BVerfGE* 93, 37 (85): "*auch in den Ländern die Personalvertretung in innerdienstlichen, sozialen und personellen Angelegenheiten der Beschäftigten zu beteiligen*".

127. *BVerfGE* 84, 9. Sull'obbligo da parte del legislatore di porre rimedio al vizio di legittimità costituzionale cfr. R. STEINBERG, *Verfassungsgerichtliche Kontrolle der "Nachbesserungspflicht" des Gesetzgebers*, in "Der Staat", 26, 1987, p. 162.

tribunali e dalle autorità amministrative (BVerfGE 37, 217 [261]; 82, 126 [155])".

Si tratta, in buona sostanza, della conseguenza "tipica" della sentenza di incompatibilità "pura".

Successivamente il *BVerfG* ha giustificato "l'eccezione dell'eccezione" rappresentata dalla seconda variante decisionale delle *Unvereinbarkeitserklärungen* affermando che "è necessaria una *regola standard*[128] fino all'entrata in vigore della nuova disciplina. Tuttavia, ciò non giustifica l'applicazione provvisoria della disposizione incostituzionale. È vero che ciò potrebbe evitare l'incertezza giuridica circa il nome che i coniugi devono utilizzare in costanza di matrimonio qualora non effettuino una dichiarazione ai sensi dell'articolo 1355.2 alinea 1 BGB (cfr. *BVerfG* 37, 217 [260]; 61, 319 [356]). Tuttavia, l'ulteriore applicazione del § 1355.2 alinea 2 del codice civile porterebbe a ulteriori violazioni costituzionali che non potrebbero essere rimosse dalla nuova disposizione [...]"[129].

4. I campi applicativi delle *Unvereinbarkeitserklärungen*

4.1. *La violazione del principio di uguaglianza e la tutela della sfera discrezionale del legislatore*

La violazione del principio di uguaglianza costitusce uno dei *topoi* più significativi con riferimento all'adozione delle pronunce di incompatibilità[130].

128. *Il BVerfG* utilizza il termine *Auffangregelung.*

129. "*Bis zur gesetzlichen Neuregelung ist daher eine Auffangregelung erforderlich. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, die verfassungswidrige Vorschrift ausnahmsweise vorläufig weiter anzuwenden. Zwar könnte dadurch Rechtsunsicherheit über den Namen, den die Ehegatten in der Ehe zu führen haben, wenn sie eine Erklärung nach § 1355 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht abgeben, vermieden werden (vgl. BVerfGE 37, 217 [260]; 61, 319 [356]). Die weitere Anwendung des § 1355 Abs. 2 Satz 2 BGB würde jedoch zu neuen Verfassungsverstößen führen, die durch die spätere Neuregelung nicht oder doch nur unter erneuter Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Betroffenen rückgängig gemacht werden könnten*".

130. Si veda J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 18 ss.; J. LUTHER, *Giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania*, in "Esperienze di Giustizia costituzionale", Tomo I, Giappichelli, Torino, 2000, p. 182. Si veda anche B. CARAVITA, *Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi*, *Vol. I, La Corte costituzionale austriaca*, cit., p. 211; G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 168; F. RESCIGNO, *La Giustizia costituzionale in Germania*, in "La giustizia costituzionale in Europa", cit., p. 115.

Il motivo è semplice: solo ciò che è incostituzionale può essere dichiarato nullo, e le violazioni del principio generale di uguaglianza non possono essere annullate se quest'ultimo si fonda su un rapporto tra norme[131], tanto è vero che gli stessi sostenitori della nullità *ipso iure* hanno promosso la tesi dell'impossibilità di isolare la disposizione non conforme al principio di uguaglianza[132].

Non a caso, a parere di Seer, le *Unvereinbarkeitserklärungen* "hanno la loro vera culla nei casi in cui si verifichi la violazione del principio di uguaglianza"[133].

La giustificazione della rinuncia alla sentenza di nullità alla luce della violazione dell'art. 3 *GG* viene argomentata come segue: "[…] poiché il legislatore ha diverse possibilità per eliminare il vizio di legittimità costituzionale, solo una dichiarazione di incompatibilità può venire in considerazione"[134].

La sfera discrezionale del legislatore diviene così un *unicum* con il *topos* in questione.

La prima decisione che costituisce il "manifesto" della rinuncia alle dichiarazioni di nullità a favore dell'adozione di sentenze di incompatibilità al fine di consentire al legislatore un ampio margine di manovra è la decisione *BVerfGE* 22, 349 (361-362) - *Waisenrente und Wartezeit.*

Secondo il *BVerfG* "la dichiarazione di nullità della disposizione di legge non è suscettibile di essere adottata anche per motivi sostanziali […] nei casi descritti, una violazione dell'articolo 3, paragrafo 1, della Legge Fondamentale da parte del legislatore può essere regolarmente sanata in vari modi: o il gruppo che era stato escluso dai benefici ne viene integrato, oppure il gruppo di persone titolari in via del tutto irragionevole dei benefici incostituzionali ne viene spogliato ai sensi dell'art. 3 I della Legge

131. In questo senso C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG*, cit., p. 195.

132. Così M. KLEUKER, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 33 e anche M. SACHS, *Bloße Unvereinbarkeitserklärung bei Gleichheitsverstößen*, in *NVwZ*, 1982, p. 661.

133. Così R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Besipiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, in *NJW*, 1996, p. 285; J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 33. Cfr. *BVerfGE* 22, 349 (326 ss.). Cfr. la recente pronuncia dell'8 luglio 2021 - 1 BvR 2237/14 in tema di imposte arretrate, in cui viene ampiamente valorizzata la discrezionalità del legislatore entro il tracciato della violazione del principio di uguaglianza.

Si rimanda anche all'autorevole dottrina di M. SACHS, *Ist es sinnvoll, von Gleichheitssätzen "in Verbindung mit" anderen Vorschriften (insbesondere Freiheitsgrundrechte) zu sprechen?*, in (a cura di S. Kempny, P. Reimer), "Gleichheitssatzdogmatik heute", Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, p. 130.

134. Così *BVerfGE* 22, 349 (361-362) o anche *BVerfGE* 116, 229 (242).

Fondamentale. Quale di queste possibilità debba essere preferita nel caso concreto deve in linea di principio essere lasciata alla discrezione del legislatore, soprattutto perché dispone di un ampio margine di discrezionalità nel caso di disposizioni favorevoli nell'ambito dell'articolo 3.1 della Legge Fondamentale (cfr. BVerfGE 11, 50 [60]; 12, 151 [166]; 17, 210 [216]). La Corte costituzionale federale non può quindi ripristinare essa stessa l'uguaglianza violata in caso di accertamento della violazione costituzionale estendendo il beneficio al gruppo di persone che ne era stato escluso, in quanto anticiperebbe così la decisione del legislatore. Altro vale solo se, in relazione a un mandato costituzionale obbligatorio o secondo le altre circostanze del singolo caso, vi sia soltanto tale soluzione per ripristinare la legalità (cfr. BVerfGE 17, 148 [152 ss.]; 22, 163 [174 ss.])".

L'obiettivo, costituzionalmente orientato, di tutelare la sfera discrezionale del legislatore, è stato illustrato dettagliatamente nella pronuncia *BVerfGE* 93, 386 (396-397): "ai sensi dell'articolo 3 I della Legge Fondamentale, il legislatore è tenuto a trattare ciò che è eguale in modo uguale e ciò che è diverso in modo diverso, a seconda del caso considerato. Certamente, in particolare per quanto riguarda le disposizioni della legge sulle remunerazioni e sulle pensioni, rimane in capo al legislatore un ampio margine di manovra (cfr. BVerfGE 71, 39 [52 s.]; 76, 256 [330]; stRspr)"[135].

Rileva anche la decisione *BVerfGE* 105, 73, in cui il *BVerfG*, in materia di pensioni dei dipendenti pubblici, ha dichiarato che "la violazione di una disposizione contro la Legge Fondamentale può portare a una sentenza di nullità ai sensi dell'articolo 78 della Legge […] Una semplice dichiarazione di incompatibilità è necessaria se il legislatore ha varie possibilità per eliminare la violazione costituzionale. È il caso di solito delle violazioni del principio di uguaglianza (stRspr; BVerfGE 99, 280 [298]). Se, inoltre, si tratta, come in questo caso, di norme la cui incostituzionalità deriva […] dall'interazione con altre norme che, contrariamente al principio di uguaglianza, concedono benefici in modo del tutto irragionevole […] si deve anche tener conto del fatto che la nullità della disposizione incostituzionale non poteva ripristinare la legalità costituzionale"[136].

Un esempio più recente è ravvisabile nella sentenza del 10 ottobre 2017, in cui il *BVerfG* ha adottato la sentenza di incompatibilità dell'articolo 21, paragrafo 1, numero 3 della legge sullo stato civile *Personenstandsandsrechtgesetz* (*PStG*) per contrasto con l'articolo 2 I, in combinato disposto con l'articolo 1 I e con l'articolo 3 III *GG*, nella parte in cui non

135. *BVerfGE* 87, 114 (136).

136. *BVerfGE* 105, 73 (133). Si vedano anche le note decisioni *BVerfGE* 130, 131 (150) e 130, 240 (260-261).

consente, alle persone che lo richiedano, l'iscrizione nello stato civile come appartenenti a un "terzo sesso", distinto da quello maschile e femminile.

Il legislatore è stato chiamato ad adottare entro il 31 dicembre 2018 una nuova normativa; nel frattempo, i processi in cui erano coinvolte persone con varianti dello sviluppo sessuale che non si fossero riconosciute permanentemente né nel sesso maschile né in quello femminile e che avessero aspirato alla annotazione di un'altra indicazione del sesso rispetto a quello maschile o femminile, dovevano essere sospesi fino ad una nuova regolamentazione"[137].

Infine, il legislatore ha scelto di aprire l'ordinamento giuridico alla registrazione della terza opzione[138].

4.1.1. L'adozione della *Nichtigkeitserklärung* in caso di violazione del principio di uguaglianza

Nel caso di violazione del principio di uguaglianza, non è esclusa l'adozione di una decisione di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung*, così come di una sentenza di nullità[139].

In quest'ultimo caso, però, la nullità di un rapporto tra norme incostituzionali può essere dichiarata solamente qualora essa sia l'unica soluzione costituzionalmente necessaria[140]: si tratta, in buona sostanza, di un'eventualità piuttosto rara, ma non impossibile.

Ad esempio, ai sensi del *BVerfGE* 110, 94 "l'articolo […] della legge sulle imposte […] applicabile ai periodi di accertamento 1997 e 1998 […] è incompatibile con l'articolo 3 I della Legge Fondamentale e nullo, per quanto riguarda le operazioni di vendita di titoli". E ancora: "il Senato è convinto che una eliminazione successiva dell'incostituzionalità non sia possibile attraverso la riformulazione della disciplina sostanziale e procedurale e attraverso un'applicazione basata sulla nuova situazione giuridica […][141].

Si consideri che la decisione in questione è stata criticata per il fatto di avere creato una situazione di incertezza giuridica[142], così come spesso accade con riferimento all'adozione di sentenze di nullità.

137. Sentenza del 10 ottobre 2017, Prima Sezione, *BVerfG* 2019/16, lett. c).

138. *Gesetz zur* Änderung *der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 18. Dezember 2018* (BGBl. I pagina 635).

139. K. GRAßHOF, § 78, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., Rn. 74.

140. Cfr. *BVerfGE* 21, 329 e *BVerfGE* 22, 349 (362). Si veda sul punto P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 112. e J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 111.

141. *BVerfGE* 110, 94 (139).

142. Così J. SEIPL, J. WIESE, *Strafrechtliche Folgen der Verfassungswidrigkeit der Spekulationsbesteuerung*, in *NStZ*, 2004, p. 543.

4.2. *La c.d.* Chaos-Theorie

In generale, la *Chaos-Theorie* si fonda sulla rinuncia all'adozione della declaratoria di incostituzionalità in ragione della sua immediata efficacia retroattiva[143]: sono quindi le conseguenze derivanti dalla *Nichtigkeitserklärung* a porsi a fondamento della c.d. *Chaos-Theorie* o c.d. *Rechtsfolgentheorie*.

A tal proposito, si consideri che il *BVerfG* ha dichiarato che "la rinuncia alla dichiarazione di nullità è possibile se, a fronte dell'annullamento di una legge, si creerebbe una situazione ancora più incostituzionale di quella precedente (cfr. BVerfGE 37, 217 <261>; 61, 319 <356>; 87, 153 <177 f.>; 111, 191, 191 <224>; 132, 372 <394>)"[144].

Peraltro, anche l'adozione di una sentenza di incompatibilità "pura" potrebbe condurre ad uno stato di "ancora più incostituzionalità"[145].

Un esempio di "*verfassungsfernerer Zustand bei Nichtigerklärung*"[146] è la sentenza sulla cittadinanza dei discendenti, in occasione della quale è stata dichiarata l'incompatibilità con il principio della parità di diritti tra uomini e donne (art. 3, secondo comma, della Legge Fondamentale) da parte del § 4, comma 1, della legge del Reich e della cittadinanza, secondo il quale il figlio legittimo di un padre tedesco e di una madre straniera acquisisce sempre la cittadinanza tedesca, mentre il figlio legittimo di madre tedesca e padre straniero acquisisce la cittadinanza solamente qualora rimarrebbe, altrimenti, apolide.

A proposito del *topos* delle conseguenze giuridiche, il *BVerfG* ha sostenuto che "la specificità della disposizione in esame richiede inoltre una dichiarazione su ciò che deve essere applicato nel frattempo per quanto riguarda l'acquisizione della cittadinanza al momento della nascita fino all'entrata in vigore della nuova disciplina legislativa"[147].

È nota anche la decisione c.d. *Numerus clausus*, con la quale il *BVerfG* ha rinunciato all'adozione di una sentenza di nullità a causa del rischio di insorgenza di uno stato emergenziale che avrebbe dovuto gestire l'Università. Secondo il *BVerfG*, infatti, "l'incostituzionalità di una norma giuridica con la Legge Fondamentale comporta regolarmente la nullità di questa norma. Poiché, tuttavia, le norme dichiarate incompatibili possono essere

143. R. WERNSMANN, *Das gleichheitswidrige Steuergesetz - Rechtsfolgen und Rechtsschutz*, cit., pp. 52-72. Si veda la decisione del 15 gennaio 2019 - 2 BvL 1/09, Rn. 82.

144. Si veda la decisione del 15 gennaio 2019 - 2 BvL 1/09, Rn. 82.

145. *BVerfGE* 99, 216, 244; 119, 331, 382 s.; 33, 303 (347); 133, 241 (260).

146. Ci si riferisce ad una situazione "ancora più incostituzionale" basata sull'adozione di una sentenza di nullità.

147. *BVerfGE* 37, 217 (261).

applicate in senso costituzionalmente conforme alla presente decisione, non è necessario dichiarare la nullità relativa alla disciplina sull'ammissione (n.d.r. ai corsi universitari); piuttosto, ciò creerebbe una situazione […] che sarebbe ancora più lontana dall'ordine costituzionale di quella "attuale"[148].

Si pensi anche alla decisione di incompatibilità relativa ai contributi previsti dalla legge sui benefici accordati ai richiedenti asilo, in quanto contrastanti con il diritto fondamentale della garanzia ad un'esistenza minima dignitosa. Nella fattispecie, il *BVerfG*, nel prevedere una normativa transitoria al fine di accordare una tutela dei servizi di base preposti all'esistenza di un'esistenza minima dignitosa, ha dichiarato che "l'ulteriore applicazione delle norme incostituzionali non è ammissibile alla luce della rilevanza dei servizi di base poiché essi garantiscono il sostentamento degli individui"[149].

In letteratura sono state individuate ragioni che potrebbero porsi alla base della rinuncia all'adozione di una sentenza di nullità[150].

Ci si riferisce:

a) ai casi relativi agli stipendi dei dipendenti pubblici[151];

b) in generale, al diritto sociale[152];

c) ad alcune ipotesi relative ai diritti fondamentali[153].

Con riferimento a quest'ultimo raggruppamento di casi, si consideri la decisione "Josefine Mutzenbacher".

Nel caso di specie il *BVerfG* aveva ordinato la proroga della validità della norma dichiarata incompatibile al fine di garantire la "tutela dei bambini e degli adolescenti"[154], onde evitare "di mettere a repentaglio il loro sviluppo personale, come sancito dai diritti fondamentali". L'adozione di una sentenza di nullità avrebbe avuto come conseguenza quella per cui non ci sarebbe più stata una base giuridica per il ruolo del Presidente della Commissione federale incaricata di giudicare sulle pubblicazioni dannose per lo sviluppo personale dei giovani.

Ebbene, "secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale federale, la stessa non deve realizzare attraverso le sue decisioni una situazione

148. *BVerfGE* 33, 303 (348).

149. *BVerfGE* 132, 134 (174).

150. Così S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 143.

151. Si veda *BVerfGE* 8,1 e *BVerfGE* 32, 199.

152. Ad esempio *BVerfGE* 8, 28 (35) o anche *BVerfGE* 81, 363 (385 ss.).

153. La recente dottrina di B. FÜSSENICH, *Vorläufiger Rechtsschutz im finanzgerichtlichen Verfahren bei ernstlichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von Steuergesetzen*, in *RiBFH*, 2019, 248, fa riferimento alla decisione del 17.11.2009 - 1 BvR 2192/05.

154. *BVerfGE* 83, 130 (152 ss.).

che sarebbe ancora meno compatibile con la Costituzione di quella attuale. Ciò esclude la possibilità di considerare la presente disposizione non solo incompatibile con la Legge Fondamentale, ma anche nulla. Ne conseguirebbe che la Commissione federale di revisione non potrebbe più agire per la protezione dei bambini e degli adolescenti. La protezione dei bambini e dei giovani dal rischio di compromettere il loro sviluppo personale, sancito dalla Legge Fondamentale, richiede il mantenimento temporaneo dell'attuale situazione giuridica nonostante i vizi di legittimità costituzionale […] quattro anni devono essere considerati un periodo di tempo adeguato […] si tratta tuttavia di decisioni organizzative in un settore gestibile che non richiedono un lavoro preparatorio troppo lungo"[155].

In buona sostanza, la decisione appena richiamata sottintende la rinuncia ad una sentenza di nullità in quanto quest'ultima avrebbe minacciato "lo Stato nella sua esistenza […] o nella sua capacità di funzionare"[156].

Ancora, sempre secondo parte della dottrina, vi sarebbero ulteriori ambiti applicativi che si pongono a fondamento della rinuncia alla sentenza di nullità:

d) la garanzia della certezza del diritto[157];

e) la garanzia dello Stato di diritto[158].

Così, il Tribunale costituzionale federale nella pronuncia *BVerfGE* 119, 331 (387 ss.), ha avuto modo di affermare che "la semplice dichiarazione di incompatibilità, combinata con l'ordine di mantenimento temporaneo della disposizione incostituzionale, può essere considerata una conseguenza giuridica sostitutiva della nullità dalla legge, se è indispensabile per motivi costituzionali consentire che una disposizione incostituzionale continui ad esistere per un periodo transitorio in modo che durante questo periodo non vi sia una situazione che sia ancora più lontana dall'ordine costituzionale di quella precedente (cfr. BVerfGE 119, 331 ss.). BVerfGE 33, 303 <347>; 61, 319 <356>; 92, 53 <73>; 111, 191 <224>). Oltre ai diritti fondamentali (cfr. BVerfGE 83, 130 <154>; 92, 158 <186>), è soprattutto il principio dello Stato di diritto nella manifestazione del principio della certezza del diritto (cfr. BVerfGE 37, 217 <261>; 73, 40 <101 f.>) ad essere riconosciuto come un bene giuridico per la cui tutela può essere giustificata e richiesta la validità limitata di una regolamentazione non conforme alla costituzione. Ciò

155. *BVerfGE* 83, 130 (153 s.).

156. S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 180.

157. Si veda B. FÜSSENICH, *Vorläufiger Rechtsschutz im finanzgerichtlichen Verfahren bei ernstlichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von Steuergesetzen*, cit., p. 248.

158. *BVerfGE* 37, 217 (261); 73, 40 (101 s.).

si verifica se l'annullamento della norma impugnata crea un vuoto giuridico e se sorgono incertezze sulla situazione giuridica sia tra le autorità che tra i soggetti giuridici (cfr. BVerfGE 37, 217 <261>; 73, 40 <102>; 92, 53 <74>). L'accertamento dell'incompatibilità di una situazione giuridica con la Legge Fondamentale non deve inoltre comportare l'incapacità temporanea dell'amministrazione di adempiere ai doveri costituzionali per mancanza di una base giuridica sufficiente (cfr. BVerfGE 83, 130 <152 ss. >; anche 51, 268 <290 ss. >); ciò vale anche per l'effettivo adempimento dei compiti ad essa assegnati";

f) con riferimento al *topos* applicativo delle decisioni di incompatibilità in discorso, l'interesse alla chiarezza giuridica svolge anche un ruolo considerevole; si consideri la decisione *BVerfGE* 125, 175 (256), *Hartz IV*, ove il *BVerfG* ha stabilito di non adottare una sentenza di nullità in quanto avrebbe creato una situazione che sarebbe ancora più lontana dall'ordine costituzionale rispetto a quella precedente.

4.3. *La tutela del benessere comune e le* Unvereinbarkeitserklärungen *integrate dalla* Fortgeltungsanordnung

La tutela del bene giuridico corrispondente al benessere comune, il c.d. "Gemeinwohl"[159], conosce una possibile forma di realizzazione nell'adozione di una declaratoria di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung*.

Nella nota decisione "*Kohlepfennig*", il *BVerfG* ha menzionato il benessere comune affermando che esso "richiede nel caso di specie una transizione graduale da una situazione giuridica incostituzionale a una situazione giuridica costituzionale. Di conseguenza, la Corte costituzionale federale adotta una dichiarazione di incompatibilità e allo stesso tempo ordina l'ulteriore validità temporanea ai sensi del § 35 BVerfGG"[160].

Si consideri che il bene giuridico relativo al "benessere comune" svolge un ruolo importante soprattutto nel diritto penale.

Come affermato da Dietz, la tecnica decisionale adottata con riferimento alla *nachträgliche Sicherungsverwahrung*[161] costituisce un rilevante

159. Con riferimento alla giurisprudenza temporalmente manipolativa del *BVerfG* la dottrina ha fortemente criticato l'utilizzo della categoria del benessere comune nella materia penale in ragione della conseguente compressione dei diritti individuali dei singoli. Si veda sul punto K. F. GÄRDITZ, *Freiheitsentziehung durch das Bundesverfassungsgericht?*, in *NVwZ*, 2004, p. 695. Per un esempio recente si veda la decisione sul servizio di *intelligence* federale del 19 maggio 2020 - 1 BvR 2835/17, Rn. 329

160. *BVerfGE* 91, 186 (207).

161. *BVerfGE* 109, 190.

esempio dell'uso della *Fortgeltungsanordnung* ai fini della garanzia dell'interesse pubblico[162].

Il *BVerfG* ha infatti dichiarato che "l'interesse superiore del benessere comune ad una protezione efficace contro alcuni reati altamente pericolosi può, in casi eccezionali, prevalere sull'interesse alla libertà delle persone [detenute, ndr] [...]"[163]. La dottrina di Graßhof sembra concordare con la minoranza del Senato nella presente decisione, secondo cui "difficilmente l'ordine dell'ulteriore applicabilità della norma dichiarata incompatibile, giustificato alla luce della necessità di evitare una situazione ancora più incostituzionale, è altamente persuasivo"[164].

Come intuibile, tale decisione potrebbe essere accostata, come si vedrà, alla recente ord. n. 97 del 2021.

Ebbene, secondo il *BVerfG* il bene giuridico relativo al benessere comune necessita di tutela, al punto di divenire oggetto di bilanciamento non solo la tecnica decisionale da scegliere, ma anche la stessa validità o meno della norma dichiarata incompatibile.

162. Cfr. M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 70; si veda anche S. BRAUM, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate?*, in *ZRP* 2004, Heft 4, pp. 105 ss.

163. *BVerfGE* 109, 190 (39).

164. K. GRAßHOF, § 78, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., Rn. 50.

Sezione seconda
La “graduazione” della declaratoria di incostituzionalità. Modulazione degli effetti nel tempo e rinvio al legislatore

Capitolo I
La giurisprudenza temporalmente manipolativa italiana e tedesca (alla luce dell'impatto ordinamentale della declaratoria di incostituzionalità)

0. Premessa

Il capitolo in oggetto è dedicato all'indagine sulla giurisprudenza temporalmente manipolativa della Corte costituzionale, comparando, ove possibile, le singole pronunce con le *Unvereinbarkeitserklärungen* che, rispetto

a campi applicativi del tutto simili, hanno derogato all'efficacia retroattiva. Ci si soffermerà, in particolare, sulla materia elettorale, sulla materia di rilievo economico-tributario, sul principio di continuità dell'azione amministrativa, sul rapporto tra garanzia dei diritti sociali e tenuta del tessuto economico e, infine, sul principio della salvaguardia delle funzioni di organi costituzionali. Tanto chiarito, nel par. 1 si analizzeranno le prime sentenze con cui la Corte costituzionale ha tracciato lo "statuto" della disciplina degli effetti nel tempo; inoltre, se nel par. 2 verranno riportate le (successive) pronunce contraddistinte da un rilevante "governo" degli effetti, nel par. 3 verranno tratteggiati, anche alla luce di una comparazione con le riflessioni dottrinali tedesche, i confini della categoria della maggiore incostituzionalità quale "limite" all'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità. Il par. 4 è dedicato alle ragioni che hanno portato il Giudice delle leggi a recidere, con riferimento alla materia elettorale, il carattere retroattivo della sent. n. 1 del 2014. In un'ottica comparatistica, il par. 4.1 interessa la sentenza di incompatibilità adottata il 3 luglio 2008 dal *BVerfG* sempre nella materia elettorale, così da evidenziare le analogie più di rilievo con la sentenza che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del c.d. *porcellum*. I parr. 5, 5.1, 5.2, 5.3 e 5.4 sono dedicati, in successione, ad alcune riflessioni teoriche sul rapporto tra l'equilibrio di bilancio e la modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento, all'analisi della sent. n. 10 del 2015 in tema di *Robin Tax*, allo studio della – analoga – pronuncia sulla tassa sugli immobili, la c.d. Grundsteuer, adottata dal *BVerfG* nel 2018, e, infine, tornando all'emblematica pronuncia n. 10 del 2015, alla reazione del giudice *a quo* a fronte della vistosa deroga alla disciplina degli effetti della declaratoria di incostituzionalità da parte del Giudice delle leggi. Infine, verrà appuntata l'attenzione sulle sentt. nn. 70 del 2015 e 178 del 2015, sempre rilevanti rispetto alla materia economica eppure dissimili dalla sent. n. 10 del 2015. Nel par. n. 6 viene descritta la sent. n. 246 del 2019 in rapporto alla tutela del principio di continuità dell'azione amministrativa che il Giudice delle leggi ha voluto promuovere; il par. 7 è interamente dedicato alla sent. n. 152 del 2020 sull'incremento delle pensioni agli invalidi, la quale viene posta in comparazione con l'esperienza giurisprudenziale tedesca sul c.d. *Existenzminimum*; infine, il par. 8 affronta le peculiarità della sent. n. 41 del 2021, contraddistinta da una gestione degli effetti nel tempo *sui generis*.

1. Uno sguardo al passato: le sentt. nn. 127 del 1966 e 49 del 1970. La configurazione degli aspetti teorici dell'efficacia retroattiva

In occasione della sent. n. 127 del 1966[1], che ha interessato il nodo problematico dell'operatività del principio del *tempus regit actum*, la Corte costituzionale ha chiarito il rapporto intercorrente tra l'art. 136 Cost. e l'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953, ponendo così in evidenza la possibilità, se non l'opportunità, di interpretare la disciplina dell'efficacia dell'annullamento della norma incostituzionale in senso coerente e sistematico.

Quanto agli antefatti, il "braccio di ferro" sull'efficacia nel tempo della declaratoria di incostituzionalità intercorso tra il Giudice delle leggi e la Cassazione penale è stato originato dalla famosa pronuncia n. 52 del 1965, il c.d. caso Tarantini.

In tale decisione la Corte costituzionale ha dichiarato "la illegittimità costituzionale dell'art. 392, primo comma, del Codice di procedura penale nella parte in cui, con l'inciso 'in quanto sono applicabili', rende possibile non applicare all'istruzione sommaria le disposizioni degli artt. 304 *bis*, 304 *ter* e 304 *quater* dello stesso Codice".

Come noto, dinnanzi al rifiuto da parte della Corte di Cassazione di applicare la decisione alle attività processuali svoltesi sino al momento della dichiarazione dell'incostituzionalità, fu sollevata questione di legittimità costituzionale sull'art. 30 della l. n. 87 del 1953, per chiedere "alla Corte costituzionale un chiarimento circa l'efficacia delle proprie sentenze"[2].

Affermava in seguito la Corte costituzionale che "è d'altra parte da osservare che il terzo comma dell'art. 30 della legge n. 87, contrariamente a quanto si assume, nel suo contenuto sostanziale, non diverge, in alcun modo, dal precetto costituzionale, come anche ritengono concordemente la dottrina e la giurisprudenza"[3].

Il Giudice delle leggi, dopo aver chiarito che la l. n. 87 del 1953 non ha un carattere rinforzato rispetto alle altre leggi di natura formale, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953 attraverso una sentenza interpretativa, così sot-

1. Per un commento si veda F. MODUGNO, *Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo capoverso dell'art. 30 l. 11 marzo 1953, n. 87?*, in *Giur. cost.*, 1966.

2. Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni,* cit., p. 39.

3. Cfr. Sent. n. 127 del 1966, Cons. in dir. p.to 6.

tolineando la profonda differenza intercorrente tra l'istituto dell'abrogazione e quello, invece, dell'annullamento, tipico dell'attività di "custode" della costituzionalità dell'ordinamento giuridico svolta dalla stessa Corte.

L'abrogazione e l'illegittimità costituzionale si muovono infatti "su piani diversi con effetti diversi e con competenze diverse"[4].

Il Giudice delle leggi ha voluto imporre una "più ampia (e retroattiva) gamma di effetti delle sue decisioni su norme processuali"[5].

In seguito, la Corte costituzionale, in occasione dell'adozione della sent. n. 49 del 1970, ha "chiuso un occhio, anzi due"[6], abbandonando definitivamente la "contesa" e lasciando spazio all'orientamento limitativo dell'efficacia retroattiva di cui all'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953, di cui si è fatta autrice la giurisprudenza di legittimità.

La conferma della legittimità costituzionale dell'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953 è presente anche nella sent. n. 49 del 1970.

Afferma infatti la Corte costituzionale che "al sistema delineato dagli artt. 136 della Costituzione e 1 della legge costituzionale del 1948 è pienamente conforme, nella lettera e nella ratio, il comma terzo dell'articolo n. 30 della legge n. 87 del 1953. Né si può dire sussistano al riguardo serie divergenze nella dottrina e nella prevalente giurisprudenza ordinaria ed amministrativa, motivi di dubbi e di dissenso manifestandosi soltanto in ordine ai limiti che, per effetto di altre norme dell'ordinamento, si oppongono, nei singoli casi, alla cosiddetta retroattività delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale"[7].

Prosegue la Corte, e qui è chiaro l'*overruling* rispetto alla sent. n. 127 del 1966, affermando che "[…] i problemi che possono sorgere in quest'ordine di idee sono, evidentemente, problemi di interpretazione, e devono pertanto essere risolti dai giudici comuni nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali"[8].

4. Cfr. Sent. n. 127 del 1966, Cons. in dir. 5.

5. G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., p. 635.

6. Cfr. L. ELIA, La Corte ha chiuso un occhio (e forse tutti e due), in *Giur. cost.*, 1970, pp. 947 ss.

7. Cfr. Sent. n. 49 del 1970, Cons. in dir. p.to 5.

8. Cfr. Sent. n. 49 del 1970, Cons. in dir. p.to 3.

2. Il timore di un impatto eccessivamente gravoso rispetto all'ordinamento giuridico: le prime decisioni temporalmente manipolative dopo la "contesa" con la Corte di Cassazione e la prassi temporalmente manipolativa successiva fino alla sent. n. 1 del 2014 in materia elettorale e alla sent. n. 10 del 2015 sulla c.d. *Robin Tax*

Nel presente paragrafo si analizzeranno le pronunce temporalmente manipolative che sono state adottate dalla Corte costituzionale prima della sent. n. 1 del 2014 e della sent. n. 10 del 2015.

Le decisioni appena menzionate risultano essere, infatti, particolarmente significative ai fini della comprensione della *ratio* che spinge, alternativamente, il Giudice delle leggi a salvaguardare il principio di continuità e il principio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost., principi costituzionalmente rilevanti[9].

Per tale ragione, tali pronunce verranno analizzate separatamente, sulla scorta dell'indagine che si andrà effettuando nel presente paragrafo.

Tanto chiarito, in seguito alla contesa tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione, di cui si è fatto riferimento nel paragrafo precedente, le prime pronunce temporalmente manipolative sono state adottate a partire dagli anni ottanta[10], in ragione dell'esigenza di preservare la finanza pubblica.

La primissima decisione temporalmente manipolativa è rappresentata dalla sent. n. 266 del 1988.

In quell'occasione, il Giudice delle leggi, facendo leva su un criterio applicabile nei giudizi comuni[11], ha adottato una sentenza di incostituzionalità differita con clausola di irretroattività alla luce dell'applicazione del principio di gradualità[12], al fine di salvaguardare il principio di continuità della funzione pubblica[13].

La *ratio decidendi* della pronuncia si fonda su un "giudizio comparativo", a seguito del quale è stato dichiarato incostituzionale l'art. 15 della

9. Per una disamina sul rapporto tra risorse scarse, Stato sociale e Corte costituzionale cfr. C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, CEDAM, Padova, 1996. Sul ruolo giocato dalla riforma dell'art. 81 Cost. nell'ordinamento costituzionale cfr. A. SAITTA, Fiscal compact *tra Costituzione, trattati e politica*, in *Rivista AIC*, 4/2017, pp. 1-3.

10. Non si può non ricordare quanto segnalato da Zagrebelsky a proposito dell'innovazione apportata da tali pronunce, non avendo la Corte costituzionale, al contrario del *BVerfG*, il potere di normare transitoriamente al fine di salvaguardare gli effetti della legge annullata; così G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 312.

11. Cfr. M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio* a quo*) della legge dichiarata incostituzionale*, in *forumcostituzionale.it*, 2015, p. 1.

12. Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 253.

13. Così ancora M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, cit., p. 167.

l. n. 180 del 1981, a partire dal giorno stesso della decorrenza dell'efficacia della decisione[14], "nella parte in cui prevede che i provvedimenti di nomina, trasferimento o conferimento di funzione dei giudici militari, siano adottati con d.p.r. su proposta del ministro della difesa, sentito un 'comitato' all'uopo precostituito, ma non idoneo ad assicurare l'indipendenza della magistratura militare; senza peraltro che i provvedimenti amministrativi e giurisdizionali già posti in essere vengano in alcun modo colpiti"[15].

Nello specifico, la Corte costituzionale ha accolto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, primo comma, della legge 7 maggio 1981, n. 180 ("Modifiche all'ordinamento giudiziario militare di pace") per contrasto con l'art. 108, secondo comma, della Costituzione, ritenendo ormai violato il secondo comma dell'art. 108 Cost. in ragione del fatto che non era stato previsto alcun termine per la costituzione dell'organo di autogoverno della magistratura militare e in quanto il legislatore aveva introdotto, mediante la disposizione dichiarata in seguito incostituzionale, un sistema del tutto simile a quello previgente.

Nell'accogliere la questione, il Giudice delle leggi statuisce di non "toccare" in alcun modo, mediante la propria decisione, "gli atti amministrativi e giurisdizionali già posti in essere in conseguenza del disposto di cui alla norma impugnata" e ciò in ragione della "ricordata, necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale in materia e delle difficoltà contingenti che hanno potuto rallentare la preindicata attuazione"[16].

L'accoglimento della questione avrebbe di fatto condotto alla decadenza di tutte le decisioni intervenute, in tal modo determinando la "paralisi degli uffici giudiziari militari"[17].

14. Di qui, in effetti, la spia del fatto che il Giudice delle leggi abbia posto in essere un bilanciamento del dato temporale "arbitrario".

15. F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 16.

16. Cfr. Sent. n. 266 del 1988, Cons. in dir. p.to 4. Si consideri che tale pronuncia è stata qualificata dalla dottrina nel senso di una "decisione additiva", poiché restrittiva degli effetti temporali della dichiarazione di accoglimento. Così L. PALADIN, *Considerazioni preliminari*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 9; si veda altresì A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 62. Peraltro, nel caso di specie la Corte costituzionale ha specificato l'efficacia *ex nunc* anche nel dispositivo, così riprendendo l'impianto argomentativo esplicitato nella motivazione.

17. Cfr. P. CARNEVALE, *La dichiarazione di incostituzionalità sopravvenuta dell'art. 15 legge n. 180 del 1981 fra irrilevanza e infondatezza della relativa "questio legitimitatis"*, in *Giur. it.*, 1989, I, p. 409.

Come sottolineato dalla dottrina, nell'impostare "la motivazione nel riconoscimento della salvezza degli atti compiuti" alla stregua delle *prospectivity decisions* statunitensi, la Corte ha specificato – anche nel dispositivo – come la pronuncia avrebbe avuto un effetto esclusivamente *pro futuro*[18].

Nella pronuncia n. 50 del 1989, la Corte costituzionale ha (implicitamente?) fatto un diretto riferimento agli interessi "di preservazione" derivanti dalla propria pronuncia[19]: chiarissima, infatti, è l'assenza della data a partire dalla quale "si sarebbe verificata l'illegittimità costituzionale sopravvenuta"[20].

Alla modulazione "fantasma", cui consegue la difficoltà nell'individuazione dell'"esatta portata della statuizione"[21], si riallaccia il timore di "provocare al contenzioso tributario un urto troppo violento, con esiti di non voluta disfunzionalità"[22].

In caso contrario, infatti, la stabilità dei rapporti giuridici sarebbe venuta meno[23].

La sentenza in questione è stata adottata in tema di pubblicità delle udienze che si svolgono davanti alle Commissioni Tributarie, onde evitare "che la caducazione della […] norma potesse travolgere, con la sua efficacia retroattiva, le centinaia di migliaia di giudizi tributari non ancora coperti dal giudicato al momento della sentenza della Corte"[24].

Infatti, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 39, primo comma, d.p.r. n. 636 del 1972 ("Revisione della disciplina del contenzioso tributario") nella parte in cui esclude l'applicabilità dell'art. 128 cod. proc. civ. ai giudizi che si svolgono dinnanzi alle Commissioni tributarie di primo e di secondo grado, "a decorrere dal giorno

18. Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., pp. 123, 113.

19. Cfr. G. SILVESTRI, *Relazioni e interventi*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione", Giuffrè, Milano, 1993, p. 79.

20. G. SILVESTRI, *Relazioni e interventi*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione", cit., p. 79.

21. Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 124.

22. G. SILVESTRI, *Relazioni e interventi*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione", cit., p. 79. Si veda anche F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 261.

23. In questo senso R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio* a quo: *la Corte alla prova dei fatti*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 468.

24. Così si è espresso, del tutto significativamente F. SAJA, *L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento*, in *Quaderni Costituzionali,* 1989, p. 12, ripreso da R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a* quo: *la Corte alla prova dei fatti*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 469.

successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, ferma restando la validità di tutti gli atti anteriormente compiuti"[25].

Dopo avere affermato che la pubblicità dei dibattimenti tributari deve ritenersi coerente con l'art. 101 Cost., il Giudice delle leggi si è appellato alla sopravvenienza del vizio di legittimità costituzionale poiché solamente in occasione del giudizio di costituzionalità si sarebbero compiute "l'evoluzione legislativa e l'opinione dottrinale e giurisprudenziale circa il carattere giurisdizionale dei processi tributari".

Pertanto, "non può avere e non ha alcuna conseguenza sugli atti pregressi e sui provvedimenti emessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza, i quali rimangono tutti pienamente validi"[26].

Interessante notare che nella motivazione della pronuncia in discorso si effettua un richiamo alla primissima sentenza temporalmente manipolativa e all'efficacia *pro futuro* della declaratoria di incostituzionalità[27].

Come nel caso della sent. n. 266 del 1988, la chiarificazione dell'efficacia irretroattiva è stata inserita nella parte motiva della pronuncia e nel dispositivo[28].

Nel caso di specie, il dispositivo "è tipico di una sentenza di accoglimento pura e semplice", caratterizzato però dalla "clausola di decorrenza" e dalla "clausola di salvezza", in tal modo lasciando intendere l'impossibilità di applicare la norma dichiarata incostituzionale ai rapporti precedentemente sorti, "purché ancora giustiziabili"[29].

Vi è, poi, una terza decisione temporalmente manipolativa, in occasione della quale la Corte costituzionale ha contenuto i costi della declaratoria di incostituzionalità.

Come è stato osservato, la decisione che si analizzerà a momenti consiste nel risultato di una mera valutazione da parte della Corte costituzonale della "successione di norme nel tempo", alla quale è conseguita una limitazione degli effetti della decisione additiva "a un momento temporale a partire dal quale l'estensione del beneficio" si fosse mostrasto adeguato[30].

25. Sent. n. 50 del 1989, Cons. in dir. p.to 2

26. Sent. n. 50 del 1989, Cons. in dir. p.to 2.

27. Così l'attenta dottrina di F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 257.

28. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 113.

29. Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 258.

30. Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 137.

Si tratta della nota sent. n. 501 del 1988[31], in occasione della quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 3, primo comma, e 6 l. 17 aprile 1985, n. 141 ("Perequazione dei trattamenti pensionistici in atto dei pubblici dipendenti") "nella parte in cui, in luogo degli aumenti ivi previsti, non dispongono, a favore dei magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, nonché procuratori e avvocati dello Stato, collocati a riposo anteriormente al 1 luglio 1983, la riliquidazione, a cura delle amministrazioni competenti, della pensione sulla base del trattamento economico derivante dall'applicazione degli artt. 3 e 4 l. 6 agosto 1984, n. 425 ('Disposizioni relative al trattamento economico dei magistrati'), con decorrenza dalla data del 1 gennaio 1988". La Corte costituzionale precisa che gli effetti della declaratoria di incostituzionalità iniziano a decorrere dal gennaio 1988 in quanto "la l. n. 141 del 1985 ha esaurito la sua funzione perequatrice al 31 dicembre 1987".

Il *dies a quo* è precedente rispetto a quello della pubblicazione della sentenza: eppure, non vi e alcun riferimento alla sopravvenienza dell'illegittimità costituzionale, e nemmeno alla gradualità[32].

Dichiara la Corte costituzionale: "poiché la legge n. 141 del 1985 ha esaurito la sua funzione perequatrice al 31 dicembre 1987, gli effetti della presente decisione che, dichiarando la parziale incostituzionalità della legge suddetta, ne integra il contenuto normativo limitatamente alla perequazione delle pensioni del personale di magistratura e dell'Avvocatura dello Stato innanzi elencato, hanno inizio dal 1o gennaio 1988"[33].

La limitazione dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità, che, come si è visto, può essere letta nel senso del contenimento dell'incostituzionalità stessa alla luce della successione delle leggi[34], si fonda su motivi di ordine economico, oltre che sulla necessaria salvaguardia della stabilità dei rapporti giuridici[35].

31. Secondo la dottrina di Pizzorusso, si tratterebbe di un'operazione di segmentazione dell'efficacia nel tempo della pronuncia. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 98.

32. Cfr. F POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 260. Secondo la dottrina di Costanzo, si tratta di un'incostituzionalità sopravvenuta dettata, di fatto, da una lettura finalisticamente orientata nel "bilanciamento fra valori costituzionali". Cfr. P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, cit., pp. 77 e 80.

33. Cfr. Sent. n. 501 del 1988, Cons. in dir. p.to 4.

34. Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 138.

35. Sul punto si veda F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 261.

Sotto il primo profilo posto in evidenza, rileva la sent. n. 137 del 1986[36] in tema di applicabilità delle disposizioni limitative dei licenziamenti individuali nei confronti della donna lavoratrice, la quale poteva godere del trattamento favorevole solamente fino al compimento del cinquantesimo anno di età e non fino al sessantesimo anno, come per l'uomo.

In quell'occasione, il Giudice delle leggi aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11 della legge 15 luglio 1966 n. 604, degli artt. 9 del r.d.l. 14 aprile 1939 n. 636, conv. in legge 6 luglio 1939 n. 1272, modificato dall'art. 2 della legge 4 aprile 1952 n. 218, 15 D.L.C.P.S. 16 luglio 1947 n. 708, 16 legge 4 dicembre 1956 n. 1450, nella parte in cui prevedevano il conseguimento della pensione di vecchiaia e, quindi, il licenziamento della donna lavoratrice al compimento del cinquantacinquesimo anno d'età anziché al compimento del sessantesimo anno come per l'uomo.

La gestione del dato temporale, come rilevato dalla dottrina di Grosso[37], è evidente: la gradualità dell'evoluzione della situazione, verificatasi nel periodo successivo alla precedente sentenza (n. 123 del 1969), aveva determinato il venir meno di quelle ragioni e condizioni che prima potevano giustificare una differenza di trattamento della donna rispetto all'uomo, in particolar modo con riferimento all'età del conseguimento della pensione di vecchiaia.

Si consideri, ancora, la sent. n. 1 del 1991[38], adottata in tema di pensioni nel settore pubblico, in occasione della quale la Corte ha differito il *dies a quo* di un anno, dichiarando che il vizio della normativa si era determinato, di fatto, il 1° marzo del 1990[39]; in questo caso, il Giudice delle leggi

36. Rileva anche la sent. n. 179 del 1988 in tema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 344.

37. Cfr. E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 80, nota n. 3.

38. Cfr. M. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, in "Liber Amicorum per Pasquale Costanzo", *Consulta Online*, 6/2019, p. 5.

In occasione di tale pronuncia la Consulta ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, primo comma, del d.l. 16 settembre 1987, n. 379 (Misure urgenti per la concessione di miglioramenti economici al personale militare e per la riliquidazione delle pensioni di dirigenti civili e militari dello Stato e del personale ad essi collegato ed equiparato), convertito nella l. n. 468 del 1987, nella parte in cui non dispone a favore dei dirigenti collocati a riposo anteriormente al 1° gennaio 1979 la riliquidazione, a cura delle amministrazioni competenti, della pensione sulla base degli stipendi derivanti dall'applicazione del d.l. 27 settembre 1982, n. 681 […] a decorrere dal 1° marzo 1990".

39. Così R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., p. 60.

ha preferito intervenire sul dato temporale al fine di prevenire la formazione di oneri finanziari sul bilancio statale[40].

L'*escamotage* dell'incostituzionalità differita pare di facile individuazione: il *dies a quo* non viene fatto coincidere con l'entrata in vigore del d.l. n. 413 del 1989, ma viene fissato in corrispondenza con il 1° marzo 1990[41].

Alla base del contenimento dell'efficacia retroattiva si è registrata la necessità di "evitare che dalla pronuncia di incostituzionalità discendano eccessivi oneri finanziari a carico del bilancio dello Stato"[42].

Ancora, in occasione della sent. n. 124 del 1991, in materia di mancata computabilità dell'indennità di contingenza sulla quattordicesima mensilità

40. Cfr. a commento della decisione R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio* a quo*: La Corte alla prova dei fatti*, cit., p. 470. Interessante notare che le parti costituite nel giudizio concluso hanno ritenuto che la Corte costituzionale avesse posto in essere, nella determinazione del *dies a quo*, un errore materiale; il Giudice delle leggi ha tuttavia escluso la sussistenza di un simile errore, in quanto "si è inteso far riferimento alla data in cui si è realmente verificata la denunciata discriminazione per effetto dell'avvenuta conversione del d.l. n. 413 del 1989 in l. n. 37 del 1990, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* del 28 febbraio 1990, con decorrenza, per gli effetti, dal 1° merzo 1990": cfr. R. ROMBOLI, *La determinazione del* dies a quo *per la decorrenza degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sopravvenuta tra errori materiali e preoccupazioni per le conseguenze finanziarie*, in *Giur. cost.*, 1991, II, p. 1348. Si consideri che nello stesso anno, in occasione della sent. n. 124 del 1991, in tema di computabilità dell'indennità di contingenza sulla quattordicesima mensilità nel settore di commercio, la Corte costituzionale nel motivare "la data alla quale devono farsi risalire gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale", una volta respinta la proposta di parte privata che aveva indicato quale *dies a quo* il 1° giugno 1982, ha fissato il *momentum* in coincidenza con la data di entrata in vigore della l. n. 38 del 1986 (28 febbraio 1986), "termine più sicuro di riferimento di giudizio di sopravvenuta illegittimità costituzionale della norma in esame". Anche in questo caso, la delicata materia previdenziale pare porsi alla base della limitazione dell'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità; motivata, nei fatti, facendo riferimento alla natura eccezionale della disciplina sottoposta al suo giudizio; così anche M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 346, la quale fa riferimento ad un certo grado di discrezionalità valutativa posta in essere dalla Corte costituzionale; si veda, *contra*, Pinardi, secondo il quale la decisione in questione consiste in una sentenza di incostituzionalità sopravvenuta. Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio* a quo*: La Corte alla prova dei fatti*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 469. Ancora, si consideri la sent. n. 416 del 1992, dotata della medesima *ratio*; cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 298.

41. Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 345.

42. C. COLAPIETRO, Nota a Corte cost., 12 aprile 1991, n. 154 (ordinanza) e 9 gennaio 1991, n. 1, in *Giur. it.*, 1991, pp. 1103-1104. Cfr. anche M. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, cit., p. 5.

nel settore del commercio, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 2 del d.l. n. 12 del 1977 (convertito nella legge n. 91 del 1977), sopravvenuta dal 28 febbraio 1986. La sopravvenienza dell'illegittimità costituzionale viene argomentata alla luce della situazione di emergenza economica.

Secondo recente dottrina, nella pronuncia in questione sarebbe da cogliere pienamente "il grado di discrezionalità valutativa che la Corte costituzionale mantiene in capo a sé in vicende di questo tipo"[43].

Ancora, si segnala, nel contesto "temporalmente manipolativo" che si sta tracciando, relativamente alle conseguenze "finanziarie" delle pronunce della Corte, anche la tipologia decisionale della sentenza additiva di principio, del tutto idonea a intervenire sulla gestione degli effetti nel tempo.

A tal proposito, una sentenza additiva di principio che ha presentato rilevanti nodi critici è la sent. n. 243 del 1993[44] in tema di liquidazione dei dipendenti statali, contraddistinta da due profili di rilievo: l'indicazione dei principi che il legislatore era tenuto a seguire (e ciò nel pieno rispetto della sua discrezionalità[45]) e la presenza di un termine, forse l'elemento più appariscente[46].

La disciplina censurata è stata dichiarata incostituzionale poiché risultava in contrasto con i principi di sufficienza e proporzionalità della retribuzione sanciti dall'art. 36 Cost., "laddove ometteva di includere nella base di calcolo del trattamento di fine rapporto l'indennità integrativa speciale"[47].

Il dispositivo si presenta sotto forma di una delega al legislatore, poiché le disposizioni vengono dichiarate incostituzionali "nella parte in cui non

43. Cfr. M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, cit., p. 169.

44. Cfr. M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 1805, 1810 e A. PIZZORUSSO, *Corte costituzionale: un nuovo tipo di sentenza?*, in *Il Corriere Giuridico*, 1993, p. 773. Sono succesive alla pronuncia in questione le seguenti sentenze additive di principio, simili alla sent. n. 243 del 1993 nella struttura: la sent. n. 218 del 1994 in tema di accertamenti diagnostici obbligatori e la sent. n. 284 del 1995 in materia di sanzioni sostitutive. Hanno preceduto invece – sempre negli anni novanta – la pronuncia in commento le sentt. nn. 277 del 1991, 421 del 1991, 88 del 1992, 204 e 323 del 1992.

La sentenza in questione rileva peraltro per la sua vicinanza alla *ratio* e alla struttura delle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

45. Si veda F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 321.

46. Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., pp. 313, 321.

47. Sul punto si veda G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., pp. 94 ss.

prevedono, per i trattamenti di fine rapporto ivi considerati, meccanismi legislativi di computo dell'indennità integrativa speciale secondo i principi e criteri direttivi, e addirittura, fissazione del tempo di esercizio della delega stessa'"[48].

Nel caso di specie, da un lato, il principio individuato dalla Corte costituzionale non poteva divenire oggetto di specificazione da parte dei giudici[49]; dall'altro, l'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità era destinata a rimanere subordinata all'intervento del legislatore, tenuto a legiferare in tema di prestazione previdenziale.

Afferma a tal proposito la dottrina che la Corte non se l'era di fatto sentita di "affidare ai giudici un concorso [...] alla specificazione del principio"[50].

Importa osservare che l'esigenza sottesa all'adozione della pronuncia in questione era stata duplice: da un lato, quella di evitare conseguenze di ordine finanziario "eccezionalmente gravi"[51], e, dall'altro, quella di rispettare la discrezionalità del legislatore[52], a ciò conseguendo la considerazione per cui il Giudice delle leggi avrebbe vincolato l'esperimento degli effetti "*dal momento in cui*" e "*a condizione di*" un intervento da parte dell'organo titolare del potere legislativo[53].

Interessante, inoltre, la sentenza n. 240 del 1994[54], in occasione della quale la Corte, pur avendo adottato un'additiva su di una legge di interpretazione autentica[55], impassibile di divenire oggetto di una declaratoria di

48. In effetti, nella sent. n. 243 del 1993, al Cons. in dir. p.to 14 si legge: "[p]oiché dunque l'intervento del legislatore – in forza della presente dichiarazione di illegittimità costituzionale – è necessario per reintegrare l'ordine costituzionale violato, esso deve avvenire con adeguata tempestività. Considerato che lo stesso legislatore dovrà provvedere al reperimento e alla destinazione delle risorse occorrenti per far fronte agli oneri finanziari che ne conseguono, la predisposizione dei suddetti meccanismi di omogeneizzazione dovrà essere avviata in occasione della prossima legge finanziaria, o comunque nella prima occasione utile per l'impostazione e la formulazione di scelte globali della politica di bilancio".

49. La probematicità sottesa alla concretizzazione del principio da parte dei giudici è stata evidenziata da A. ANZON DEMMIG, *Un'additiva di principio con termine per il legislatore*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1789.

50. Si veda il commento alla sentenza offerto da C. PINELLI, *Titano, l'eguaglianza e un nuovo tipo di additiva di principio*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1801.

51. Sul punto si veda *amplius* G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 423.

52. Si veda G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 97.

53. Cfr. E. CATELANI, *Tecniche processuali e rapporto Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, in *Quaderni Costituzionali*, 1994, p. 152.

54. Preceduta dalla sent. n. 416 del 1992, anche essa adottata in materia di spesa.

55. La dottrina ha fatto riferimento ad uno dei dispositivi più "costosi" della giurisprudenza costituzionale; così A. ANZON DEMMIG, *Una sentenza sorprendente. Alter-*

incostituzionalità di natura irretroattiva, ha ritenuto auspicabile "una disciplina transitoria che assicuri un passaggio graduale al nuovo regime pensionistico e mezzi adeguati alle esigenze di vita"[56]: in questo senso, quindi, la Corte costituzionale si è mostrata attenta alle esigenze legate alla finanza pubblica.

Un anno, dopo, con la sent. n. 49 del 1995, la Corte costituzionale ha rilevato solamente nella motivazione il mutamento di natura legislativa che aveva implicato il sopravvenire dell'illegittimità costituzionale della norma[57].

Verso la fine degli anni ottanta il Giudice delle leggi, come si ha avuto modo di vedere, ha ritenuto di contenere l'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità anche per ragioni diverse rispetto alla necessità di prevenire conseguenze economico-finanziarie "eccessive".

A tal proposito, si consideri la sent. n. 398 del 1989[58] in tema di nomina dei magistrati ordinari cui affidare l'ufficio di Commissario agli usi civici.

In quell'occasione, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 27, secondo comma, della legge 16 giugno 1927, n. 1766 (Conversione in legge del R.D. 22 maggio 1924, n. 751, riguardante il riordinamento degli usi civici nel Regno, del R.D. 28 agosto 1924, n. 1484, che modifica l'art. 26 del R.D. 22 maggio 1924, n. 751, e del R.D. 16 maggio 1926, n. 895, che proroga i termini assegnati dall'art. 2 del R.D.L. 22 maggio 1924, n. 751), nella parte in cui in luogo della disciplina ivi prevista non rimetteva alla competenza del Consiglio superiore della magistratura, a norma dell'art. 105 della Cost., le assegnazioni a magistrati ordinari dell'ufficio di Commissario agli usi civici.

L'illegittimità costituzionale è stata motivata dalla Corte costituzionale alla luce dell'esigenza della progressiva attuazione del disegno costituzio-

ne vicende dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario, in *Rivista AIC*, 2015, p. 6.

56. Cfr. M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., p. 163.

57. Si tratta dell'esclusione dal beneficio dell'affidamento in prova del militare che abbia commesso reati di diversa natura; cfr. art. 1, secondo comma, della legge 29 aprile 1983, n. 167 ("Affidamento in prova del condannato militare"); La Corte afferma in punto di motivazione che: "[c]on la riforma del 1986 (ma già con la ricordata modifica del 1977) il legislatore ha ritenuto di dare preminenza al finalismo rieducativo ed ha lasciato la valutazione della personalità del reo (come pure quella dell'allarme sociale) alla fase della determinazione della pena in concreto"; nel dispositivo, invece, la declaratoria di incostituzionalità si colora della qualificazione dell'incostituzionalità originaria.

58. Si veda la *ratio* analoga sottesa alla sent. n. 416 del 1992, in tema di mancato intervento obbligatorio del pubblico ministero nei procedimenti di modificazione dei provvedimenti riguardanti i figli minori di coniugi separati.

nale: “il potere di proposta di nomina del Ministro dell’agricoltura e delle foreste appare avere, nella prospettiva dell’intera economia procedimentale, un rilievo eccessivo e disarmonico rispetto alle sopravvenute attribuzioni del Consiglio superiore della magistratura ex art. 10, punto 1), della legge 24 marzo 1958, n. 195 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura)”[59].

Interessante il riferimento a tale progressione, alla luce della quale viene respinta l’efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità: “la norma impugnata va caducata senza che le nomine divenute inoppugnabili siano toccate nella loro legittimità (argom. ex art. 136 Cost.)”[60].

In questo caso, sembra che la “salvezza” delle nomine già intervenute sia stata dovuta all’esigenza di rispettare il principio della salvaguardia della continuità delle pubbliche funzioni.

E ancora, dichiara la Corte costituzionale che “[t]rattasi di vulnus sopravvenuto delle garanzie costituzionali di indipendenza del magistrato nominato Commissario per la liquidazione degli usi civici, in un contesto istituzionale gradualmente mutato, in assenza di necessaria armonizzazione del procedimento di nomina con i poteri dell’organo di autogoverno della magistratura secondo le attribuzioni di cui all’art. 105 della Costituzione e al citato art. 10, punto 1), della legge n. 195 del 1958”[61].

Un caso particolare è rappresentato dalla nota sentenza n. 360 del 1996[62].

In quel caso, la Corte costituzionale ha dichiarato la (sola) illegittimità costituzionale della disposizione del decreto legge sottoposto al suo giudizio, senza estenderne la portata, in generale, ai decreti legge iterati o reiterati[63].

Afferma (significativamente) infatti il Giudice delle leggi che: “[i] principi richiamati conducono, dunque, ad affermare l’illegittimità costituzionale, per violazione dell’art. 77 della Costituzione, dei decreti-legge reiterati, quando tali decreti, considerati nel loro complesso o in singole disposizioni, abbiano sostanzialmente riprodotto, in assenza di nuovi (e sopravvenuti) presupposti straordinari di necessità ed urgenza, il contenuto normativo di un decreto-legge che abbia perso efficacia a seguito della mancata conversione. Restano, peraltro, salvi gli effetti dei decreti-legge iterati o reiterati già convertiti in legge o la cui conversione risulti

59. Cfr. Sent. n. 398 del 1989, Cons. in dir. p.to 4.
60. Del tutto peculiare sembra essere il riferimento all’art. 136 Cost.
61. Cfr. Cons. in dir. p.to 5.
62. Cfr. anche M. D’AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, cit., p. 6.
63. Si veda, *amplius*, M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, cit., pp. 298-299.

attualmente in corso, ove la stessa intervenga nel termine fissato dalla Costituzione”[64].

In questo caso, sembra che la Corte sia stata indotta a “risparmiare” l’annullamento dei decreti legge reiterati alla luce del principio della certezza del diritto, nella sua veste di “tutela ordinamentale”.

Importa segnalare, inoltre, che all’inizio degli anni duemila, con riferimento, nello specifico, al giudizio in via principale, il Giudice delle leggi ha cercato di salvaguardare la formazione di pericolosi vuoti normativi: il timore dell’*horror vacui* sembra essere stata la ragione principe della gestione degli effetti nel tempo.

A tal proposito, si consideri che nel 2003, in occasione della nota sent. n. 370, intervenuta nel corso di un giudizio in via principale in tema di asili nido e fondi a destinazione vincolata, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della legge recante “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2002”, dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’art. 70, commi 1, 3 e 8, nonché comma 4, limitatamente all’inciso “nei limiti delle proprie risorse ordinarie di bilancio e di quelle aggiuntive di cui al comma 3”. La particolare rilevanza sociale del servizio degli asili-nido, relativo a prestazioni che richiedono continuità di erogazione in relazione ai diritti costituzionali implicati, ha condotto il Giudice delle leggi a fare “salvi gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti”[65].

In definitiva, sembra che la Corte costituzionale abbia ritenuto di precludere la formazione di una situazione ancor più lesiva dell’ordine costituzionale rispetto a quella precedente, così rifacendosi, quindi, al principio della stabilità dei rapporti giuridici o, se si vuole, della certezza del diritto[66].

Con riferimento alla sent. n. 13 del 2004, adottata sempre in un giudizio in via principale, è possibile affermare che il Giudice delle leggi abbia stabilito di ampliare “la portata del principio di continuità”[67].

Secondo chi scrive, peraltro, la pronuncia in questione rappresenta un esempio significativo di manipolazione degli effetti nel tempo alla luce del-

64. Cfr. Sent. n. 360 del 1996, Cons. in dir. p.to 6.

65. Cfr. Sent. n. 370 del 2003, Cons. in dir. p.to 7.

66. A commento della sentenza in discorso si veda M. BARBERO, *Prime indicazioni della Corte costituzionale in materia di federalismo fiscale*, in *Federalismi*, 2004 e E. FERIOLI, *Esiti paradossali dell’innovativa legislazione regionale in tema di asili nido, tra livelli essenziali ed autonomia finanziaria regionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 2004.

67. In questo senso interessante la nota a sentenza di R. DICKMANN, *La Corte amplia la portata del principio di continuità (osservazioni a Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 13)*, in *Federalismi*, 2004.

la necessità di prevenire la formazione della c.d. "maggiore incostituzionalità": è la stessa Corte costituzionale che menziona il rischio dell'esplicarsi di "effetti ancora più incompatibili con la Costituzione"[68].

Non è un caso che tale pronuncia venga richiamata (come segnala la dottrina, in parte forse impropriamente, dal momento che essa è stata adottata nell'ambito di un giudizio in via principale[69]) nella parte motiva della sent. n. 10 del 2015, così come nella sent. n. 41 del 2021, forse le due pronunce più significative rispetto al *topos* argomentativo delle conseguenze giuridiche.

Nella pronuncia in questione la Corte costituzionale è intervenuta in materia di organizzazione scolastica, *rectius* di "dotazioni organiche del personale docente e l'orario di lavoro"[70], dichiarando l'illegittimità costituzionale "dell'articolo 22, comma 3, della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2002), nella parte in cui non prevede che la competenza del dirigente preposto all'Ufficio scolastico regionale venga meno quando le Regioni, nel proprio ambito territoriale e nel rispetto della continuità del servizio di istruzione, con legge, attribuiscano a propri organi la definizione delle dotazioni organiche del personale docente delle istituzioni scolastiche" in riferimento agli artt. 117 e 118, primo comma, della Costituzione[71].

Ciononostante, secondo la Corte, la caducazione immediata del censurato comma 3 dell'art. 22, sollecitata dalla Regione ricorrente, avrebbe provocato effetti "ancor più incompatibili" con la Costituzione; pertanto, "quel principio di continuità che questa Corte ha già riconosciuto operare, sul piano normativo, nell'avvicendamento delle competenze costituzionali dello Stato e delle Regioni ed in virtù del quale le preesistenti norme statali continuano a vigere nonostante il mutato assetto delle attribuzioni fino all'adozione di leggi regionali conformi alla nuova competenza (sent. n. 13 del 1974 e da ultimo sent. n. 376 del 2002), deve essere ora ampliato per soddisfare l'esigenza della continuità non più normativa ma istituzionale, giacché soprattutto nello Stato costituzionale l'ordinamento vive non solo

68. Cfr. Sent. n. 13 del 2004, Cons. in dir. p.to 4.

69. Sui richiami effettuati dalla Corte costituzionale nella sent. n. 10 del 2015 si veda E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, cit., p. 80, nota n. 3.

70. Cfr. R. DICKMANN, *La Corte amplia la portata del principio di continuità (osservazioni a Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 13)*, cit., p. 1.

71. Si tratterebbe, peraltro, di una sentenza additiva di principio. Sul punto si veda C. SALAZAR, *L'art. 119 Cost. tra (in)attuazione e "flessibilizzazione" (in margine a Corte cost., sentt. nn. 16 e 49 del 2004)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2004.

di norme, ma anche di apparati finalizzati alla garanzia dei diritti fondamentali. In tema di istruzione la salvaguardia di tale dimensione è imposta da valori costituzionali incomprimibili"[72].

Come è possibile notare, la tutela del principio di continuità discende dal timore del rischio di un impatto "eccessivo" derivante dall'accoglimento della questione di legittimità costituzionale.

Alla luce quindi di "valori costituzionali incomprimibili" e del "mutato assetto delle attribuzioni fino all'adozione di leggi regionali conformi alla nuova competenza" la Corte costituzionale ha ritenuto di adottare un peculiare tipo di pronuncia per tenere insieme il rispetto del riparto delle competenze costituzionali e la continuità del servizio scolastico[73].

Nel caso di specie, il principio di continuità è stato declinato nei termini di un "principio superiore"[74], alla luce del quale il Giudice delle leggi ha stabilito di lasciare in vita la normativa incompatibile con la Costituzione nonostante l'intervenuta declaratoria di incostituzionalità.

Pare interessante segnalare che, similmente, è stata adottata, sempre in via principale, la sent. n. 71 del 2018, in tema di edilizia scolastica.

Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 85, della legge 11 dicembre 2016, n. 232 ("Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019"), nella parte in cui non ha previsto che il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri con il quale sono individuate le Regioni ammesse alla ripartizione, sono assegnate le risorse disponibili e sono stabiliti i criteri di selezione dei progetti, sia adottato d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, il Giudice delle leggi ha affermato che "[…] la particolare rilevanza sociale del servizio scolastico e, più specificamente, della realizzazione di nuove scuole che rispondano ai requisiti della sicurezza strutturale e antisismica, e l'inerenza dello stesso a diritti fondamentali dei suoi destinatari, impongono, peraltro, che sia garantita continuità nell'erogazione delle risorse finanziarie e che restino, di conseguenza, «salvi gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti» (sentenze n. 50 del 2008, n. 423 del 2004 e n. 370 del 2003, rispettivamente, punto 6., punto 8.2. e punto 7. del Considerato in diritto; nello stesso senso, sent. n. 50 del 2008, punto 9. del Considerato in diritto"[75].

72. Cfr. Sent. n. 13 del 2004, Cons. in dir. 4. ¾.
73. Cfr. Sent. n. 13 del 2004, Cons. in dir. 4. ¾.
74. Cfr. R. DICKMANN, *La Corte amplia la portata del principio di continuità (osservazioni a Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 13)*, cit., p. 6.
75. Cfr. Sent. n. 71 del 2018, Cons. in dir. p.to 4.

Ancora, sempre nell'ambito di un giudizio in via principale, il Giudice delle leggi ha adottato la sent. n. 423 del 2004 in materia di disciplina e finanziamento della spesa sociale, in occasione della quale è stata dichiarata la legittimità "a tempo" del Fondo nazionale per le politiche sociali: la ragione è consistita prevalentemente nell'esigenza di garantire ancora una volta la continuità dell'ordinamento, che avrebbe spinto già in altre occasioni il Giudice delle leggi "a non sopprimere quei trasferimenti di denaro che trovano fondamento in atti normativi precedenti la modifica del titolo V della parte II della Costituzione e che sono in grado di produrre una maggiore aspettativa nei destinatari"[76].

Sempre nello stesso anno, questa volta però, nell'ambito di un giudizio in via incidentale, è stata adottata la sent. n. 462 in materia di reato di utilizzo per uso privato di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite e via cavo, che rappresenta un chiarissimo tentativo di limitazione degli effetti nel tempo. Infatti, il Giudice delle leggi, nel dichiarare "l'illegittimità costituzionale dell'art. 171-octies aggiunto alla legge n. 633 del 1941 dalla legge n. 248 del 2000, nella parte in cui prevede la sanzione penale, anziché la sanzione amministrativa prevista dall'art. 6 del decreto legislativo n. 373 del 2000, per l'utilizzo privato di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato"[77], alla luce della violazione dell'art. 3 Cost., ha tracciato un limite rispetto all'operatività dell'efficacia retroattiva, affermando – nel dispositivo – la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale "relativamente al periodo che va dall'entrata in vigore del citato art. 171-*octies* fino all'entrata in vigore della legge n. 22 del 2003".

3. Le ragioni poste alla base della manipolazione degli effetti delle sentenze di accoglimento con riferimento al passato… e la categoria della "maggiore incostituzionalità" tra l'ordinamento italiano e quello tedesco

Sulla base di una (già in parte illustrata) panoramica delle più rilevanti decisioni con cui la Corte costituzionale ha forzato il quadro normativo, si

76. Cfr. E. VIVALDI, *Il fondo nazionale per le politiche sociali alla prova della Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2005. Peraltro, si considerino anche le sentt. nn. 16 e 49 del 2004, intervenute sempre in materia regionale. Per un commento si rinvia a C. SALAZAR, *L'art. 119 Cost. tra (in)attuazione e "flessibilizzazione" (in margine a Corte cost., sentt. nn. 16 e 49 del 2004)*, cit.

77. Cfr. Sent. n. 373 del 2000, Cons. in dir. 1.7. ¾.

possono registrare le seguenti ragioni sottese alla modulazione degli effetti nel tempo[78]:

a) l'esigenza di salvaguardare, in linea generalissima, il principio di continuità, che è stato definito un principio da preservare[79] e rientrante, di fatto, tra quei "principi, interessi e situazioni giuridiche dotate di copertura costituzionale"[80].

Nello specifico, ci si può riferire all'esigenza di salvaguardare la stabilità dei rapporti giuridici, per la tutela di funzioni pubbliche essenziali[81] e per escludere di "arrecare gravi pregiudizi al buon andamento della funzione giudiziaria o amministrativa"[82];

b) l'esigenza di precludere la formazione di gravi lesioni del bilancio pubblico, o nuovi o maggiori oneri finanziari per lo Stato o per gli enti pubblici[83].

La dottrina di Zagrebelsky ha affermato che alla base della limitazione dell'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità si collocano

78. In questo senso anche E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 140, ove si evidenzia che alla base della modulazione degli effetti nel tempo si pone l'esigenza da parte della Corte di evitare alcuni specifici ostacoli politici, quali, nello specifico, il prodursi di situazioni di maggiore incostituzionalità o il determinarsi di "rilevanti conseguenze economico-sociali o l'azzeramento di tutta quanta l'attività processuale svolta in un determinato settore nel corso di un ampio periodo di tempo da parte di tutti i giudici italiani". La dottrina di Caredda ha evidenziato che la necessità di contenere nel tempo gli effetti della declaratoria di incostituzionalità si realizza quando: "a) quando le conseguenze di essa possono creare problemi in ordine all'equilibrio finanziario dello Stato; b) quando verrebbe travolta l'attribuzione di diritti percepiti come ormai acquisiti; c) quando le conseguenze di essa produrrebbero un vulnus per il funzionamento di organi costituzionali; d) quando essa lascerebbe dei vuoti normativi considerati intollerabili; e) nelle ipotesi in cui per effetto di essa si ponessero problemi seri per la buona amministrazione della giustizia; f) nei casi in cui alla dichiarazione di "costituzionalità provvisoria" seguisse poi una sentenza di accoglimento che, però, non intendesse porre nel nulla quanto verificatosi quando la norma era (ancora) costituzionalmente "accettabile"". Cfr. M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, cit. Similmente, F. POLITI, Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, cit., pp. 291 ss.

79. G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, cit., p. 105.

80. Si veda E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione delle pronunce*, cit., p. 426.

81. In questo senso si veda R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio* a quo*: la Corte alla prova dei fatti*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 468.

82. Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 291. Si consideri anche quanto affermato da G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 427, a proposito dell'invalidazione degli atti processuali quale conseguenze indesiderata derivante dall'efficacia retroattiva della decisione.

83. Cfr. G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 425.

tre principi: l'irretroattività delle leggi penali; la copertura delle leggi di spesa, e, infine, il principio della certezza del diritto[84].

Tuttavia, così come è stato posto in evidenza dallo stesso Autore, nessuno dei tre principi appena delineati sarebbe idoneo a costituire una base legittimante per la limitazione dell'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento.

In primo luogo, il riferimento all'art. 25 cpv. Cost. "quale fonte di un altro limite alla retroattività delle decisioni di incostituzionalità penale in *malam partem* [...]" non sarebbe pertinente, atteso che l'adozione "di sentenze penali in *malam partem* è esclusa in generale, per il passato come per il futuro, perché la Corte considera compito esclusivo del legislatore l'introduzione di nuovi reati e l'aggravamento delle pene"[85].

Inoltre, anche il principio della copertura delle leggi di spesa non varrebbe a limitare nel tempo l'efficacia retroattiva. In questo senso milita la possibilità, avanzata da Zagrebelsky, di procedere ad un intervento perequativo di natura retroattiva che però non comporti oneri finanziari.

Infine, non sarebbe nemmeno possibile fare discendere la limitazione dell'efficacia retroattiva dall'applicazione del principio della certezza del diritto, atteso che "ad esso non è mai stato riconosciuto un posto costituzionalmente preminente, come si ricava dalla giurisprudenza costituzionale in materia di retroattività delle leggi".

Continua Zagrebelsky affermando che "lo sconvolgimento che deriva dall'eliminazione delle leggi incostituzionali è uno sconvolgimento, oltre che salutare e dunque da difendere, espressamente previsto come mezzo al fine della tutela delle posizioni soggettive concrete alle quali la giustizia costituzionale è geneticamente collegata"[86].

In altre parole, la categoria della certezza del diritto sarebbe una "clausola limitativa che, nella sua indeterminatezza, aprirebbe la strada alla più

84. Sul punto si veda G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità, possibilità e limiti*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 215.

85. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità, possibilità e limiti*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 215.

86. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità, possibilità e limiti*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 217.

ampia libertà di manipolazione degli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità, in preciso contrasto con l'esigenza fondamentale di automaticità che ne domina la disciplina"[87].

È pur vero che la categoria in questione non rappresenta un *topos* preciso e facilmente definibile, ancorché particolarmente ricorrente nella prassi temporalmente manipolativa tedesca.

A tal proposito, si consideri che il *topos* della certezza del diritto[88] viene descritto dalla dottrina tedesca come il perno intorno al quale ruota l'ordine di applicazione della norma incompatibile[89], che sottindende l'esigenza di precludere la formazione un "pericoloso" vuoto normativo.

Emblematica in questo senso è la decisione *BVerfGE* 61, 319, in cui il Tribunale costituzionale federale ha affermato che l'applicazione totale o parziale della norma dichiarata incompatibile viene disposta se la peculiarità della disposizione stessa rende necessario, per motivi costituzionali, in particolare per quelli relativi alla certezza del diritto, far sì che la disposizione incostituzionale continui ad esistere come disposizione per il periodo transitorio, in modo che durante questo periodo non si verifichi una situazione che sia ulteriormente lontana dall'ordine costituzionale rispetto a quella precedente[90].

Di norma, e quanto si va scrivendo non stupisce, il *topos* della certezza giuridica è strettamente legato all'interesse per una pianificazione finanziaria e di bilancio affidabile[91].

Si consideri, ad esempio, la pronuncia *BVerfGE* 73, 330 – *Finanzausgleich* – dove la transizione "da uno stato incostituzionale ad uno stato conforme a Costituzione"[92] si è resa necessaria "per ragioni di certezza del diritto e di chiarezza giuridica"[93].

Inoltre, occorre considerare che il *topos* della certezza del diritto è legato anche al criterio "elastico" del benessere comune, spesso menzionato nella giurisprudenza temporalmente manipolativa del *BVerfG*.

87. Cfr. ancora una volta G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità, possibilità e limiti*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 218.

88. Si veda H. HEUßNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, cit., p. 258.

89. Cfr. K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 331.

90. *BVerfGE* 61, 319 (365).

91. *BVerfGE* 111, 191 (192).

92. *BVerfGE* 72, 330 (422).

93. *BVerfGE* 72, 330 (422).

A titolo di esempio, si può citare la pronuncia *BVerfGE* 61, 319 in tema di separazione dei coniugi, in occasione della quale è stato affermato che "nel caso di specie è necessario, in via eccezionale e nell'interesse della certezza del diritto, consentire il proseguimento dell'applicazione delle disposizioni dichiarate incompatibili fino all'entrata in vigore di una disciplina costituzionalmente conforme, al più tardi fino al 31 dicembre 1984. Il legislatore deve avere tempo sufficiente per la riforma, che richiede un lavoro preparatorio ampio e lungo (cfr. *BVerfGE* 39, 169 [194]). Per il periodo transitorio, tuttavia, occorre evitare che si crei un vuoto giuridico e che i contribuenti interessati e le autorità siano incerti sulla situazione giuridica (cfr. *BVerfGE* 37, 217 [261]). L'ulteriore applicazione delle norme contestate richieste per questi motivi può, tuttavia, nel caso di persone sole con figli, avvenire solo a titolo di accertamento fiscale provvisorio (§ 165 AO), in modo che i contribuenti non siano successivamente privati della forza giuridica delle decisioni amministrative o giudiziarie. Se entro il 31 dicembre 1984 non è entrata in vigore alcuna nuova regolamentazione, le disposizioni incompatibili con la Legge Fondamentale non possono più essere applicate alla tassazione delle famiglie monoparentali. Anche in questo caso, il legislatore è obbligato ad approvare una disciplina costituzionalmente conforme per il periodo successivo all'entrata in vigore delle norme contestate (cfr. *BVerfGE* 55, 100 [110 ss.])"[94].

Ancora, un ulteriore esempio è rappresentato dalla sentenza sull'accreditamento dei programmi di studio.

In tale occasione il *BVerfG* ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme sull'accreditamento dei corsi universitari (*Akkreditierung von Studiengängen*) del Land Nordhein-Westfalen poiché lesive dell'art. 5, comma terzo, alinea 1, della Legge Fondamentale in combinato disposto con l'art. 20 III *GG*.

Nel caso di specie, il bilanciamento operato dal *BVerfG* è stato effettuato tra il principio della libertà di scienza e il dovere del riconoscimento di corsi universitari da parte del legislatore. L'adozione della pronuncia di incompatibilità avrebbe di fatto bloccato l'insorgere di uno stato di insicurezza giuridica rispetto alle Università interessate.

In ultima analisi, come sostenuto dal *BVerfG*, il principio della certezza del diritto può consistere in una manifestazione del principio dello Stato di diritto[95].

Tornando al sistema italiano, Zagrebelsky mette in evidenza altri due ulteriori principi che potrebbero fungere da clausole "limitative" dell'ef-

94. *BVerfGE* 61, 319 (356-357).
95. Cfr. *BVerfGE* 119, 331 (383).

ficacia retroattiva e che, tuttavia, si caratterizzano per un forte grado di "elasticità".

Si tratta, nello specifico, del principio della continuità delle funzioni costituzionali e del principio, particolarmente suggestivo, "dell'inimmaginabilità di decisioni costituzionali capaci di produrre conseguenze incostituzionali, da cui deriva il divieto di pronunciare sentenze in violazione della costituzione o aventi la conseguenza di aggravare l'incostituzionalità preesistente"[96].

Di qui la possibilità di tracciare un filo rosso con la giurisprudenza temporalmente manipolativa tedesca che si fonda sulla c.d. *Chaos Theorie*, spesso sorretta dal timore di creare una situazione ancora più incompatibile di quella esistente.

Talvolta la datazione degli effetti dell'accoglimento ha trovato giustificazione "non proprio nella natura del vizio riscontrato, ma dalla considerazione delle conseguenze 'rovinose' che una retroattività 'piena' avrebbe prodotto"[97]: non è un caso che proprio con riferimento alla problematica connaturata con il costo dell'incostituzionalità pregressa la Corte costituzionale abbia adottato "approcci e strategie" specifiche[98], così come non è un caso che la dottrina abbia fatto riferimento a preoccupazioni di ordine pragmatico, che caratterizzano ampiamente anche la giurisprudenza temporalmente manipolativa tedesca, e al fatto che, realisticamente, il Giudice delle leggi non possa disinteressarsi "del tutto dell'impatto finanziario del proprio operato"[99].

Con riferimento alla relazione intercorrente tra a) e b) non pare irrilevante evidenziare il fatto che talvolta la prevalenza di uno dei due *topoi* determina la compressione dell'altro: si consideri la vicenda che ha riguardato la sent. n. 10 del 2015, in occasione della quale la prevalenza accordata all'art. 81 Cost. ha fortemente inciso sulla categoria della certezza del diritto.

Le ragioni poco sopra evidenziate, che rappresentano, di fatto, veri e propri *topoi* applicativi della modulazione degli effetti nel tempo, per potere

96. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità, possibilità e limiti*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 218.

97. Cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 251.

98. Si veda in questo senso S. SICA, *Cosa è vivo e cosa è morto della sentenza n. 10 del 2015 a quasi due anni dalla sua pronuncia*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2016, p. 11.

99. Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 355.

godere di una forma ampia di legittimazione, dovrebbero rientrare nel novero delle c.d. esigenze di natura costituzionale: in altri termini, la garanzia della legalità che il Giudice delle leggi è chiamato ad assicurare "ha certamente una connotazione sistematica, ma in un significato ben preciso: essa deve sostanziarsi, infatti, in una tutela *nel* sistema e non *del* sistema *tout court*"[100].

In questo senso non si può non considerare quanto sostenuto, ancora una volta, da Zagrebelsky, secondo il quale vi sono ragioni giuridiche poste alla base dell'interessamento da parte della Corte costituzionale alle conseguenze delle proprie decisioni[101].

E se è possibile individuare non solamente ragioni di natura meramente fattuale, ricollegabili, ad esempio, alla distinzione tra autorità ed efficacia della pronuncia, ma anche ragioni di rango giuridico (costituzionale) idonee a presidiare tale interessamento, allora (forse) è possibile che la Corte costituzionale possa porre in essere, in via del tutto eccezionale, una gestione degli effetti delle proprie decisioni.

D'altra parte, il *topos* della maggiore incostituzionalità rappresenta, nella giustizia costituzionale tedesca[102], un campo di applicazione estremamente esteso della giurisprudenza temporalmente manipolativa, tanto da coincidere, in larga parte, con il *topos* del c.d. *Folgenargument*.

4. La modulazione degli effetti in materia elettorale. La sent. n. 1 del 2014: retroattività "flessibile" e *horror vacui*

La sent. n. 1 del 2014 rappresenta un peculiare esempio di manipolazione del dato temporale della declaratoria di incostituzionalità, in occasione del quale, in seguito ad un bilanciamento effettuato dalla Corte

100. Così (perentoriamente) A. MORELLI, *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il "caso" come occasione della "tutela sistematica" della legalità costituzionale e la "forza politica" del Giudice delle leggi (notazioni a margine di Corte cost. n. 10/2015)*, cit., p. 4.

101. Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio* a quo: *la Corte alla prova dei fatti*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", p. 441.

102. Si veda, ad esempio, *BVerfGE* 33, 303, 347. Per un'analisi della categoria della maggiore incostituzionalità si veda, fra tutti, G. ZAGREBELSKY, (voce) *Processo costituzionale*, in "Enciclopedia del diritto", Milano, 1989, p. 632.

Più di recente si veda E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del* decisum *come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, pp. 13-21. Per un riferimento recente alla maggiore incostituzionalità in relazione alla sent. n. 41 del 2021 v. A. ANTONUZZO, *La cedevolezza degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento in una pronuncia "caleidoscopica" della Corte costituzionale*, in *Diritti Comparati*, 2021, p. 5.

costituzionale, è stato valorizzato "il principio (supremo) della continuità dello Stato"[103].

La decisione in questione, insieme alla sent. n. 35 del 2017, ha costituito di fatto una decisione "irrituale": a dire il vero, anche la sent. n. 10 del 2015 appartiene al novero delle decisioni con cui il Giudice delle leggi ha riconosciuto "in via giurisprudenziale mutamenti anche significativi al normale svolgimento del processo costituzionale"[104].

Mediante la sentenza in questione, la Corte ha inteso mascherare la modulazione degli effetti nel tempo, senza fornirne, infatti, alcun tipo di esplicitazione nel dispositivo.

Al fine di tutelare il principio della salvaguardia dello Stato, la Corte costituzionale ha fatto leva sulla categoria dei rapporti esauriti, così da "aprirsi spazi di intervento nella modulazione nel tempo dell'efficacia delle proprie sentenze"[105], non senza usare in modo politico, come è stato scritto, le regole processuali[106].

Afferma infatti la Corte costituzionale che "le elezioni che si sono svolte in applicazione anche delle norme elettorali dichiarate costituzionalmente illegittime costituiscono, in definitiva, e con ogni evidenza, un fatto concluso, posto che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclamazione degli eletti"[107].

Il valore che ha determinato la compressione del principio di retroattività è quello relativo alla continuità nel funzionamento degli organi costituzionali.

Ancora, il caso di specie si è posto alla base dell'emersione dell'esigenza di rilevanza costituzionale della continuità dell'ordinamento[108].

103. Così M. NICOLINI, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, in "Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto interno e comparato", cit., p. 45.

104. Cfr. F. SPAGNOLI, *Sull'ordinanza Cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, cit., p. 230.

105. A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistematica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, cit., p. 6.

106. Cfr. sul punto E. CATELANI, "*Due pesi e due misure" nella sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale: ammette una fictio litis, ma non amplia il parametro di costituzionalità ipotizzando una doppia preferenza di genere*, in *www.confronticostituzionali.eu*, 2014, p. 2. Ancora, si veda R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Consulta Online*, 2014, p. 6. Sul rapporto tra Corte costituzionale e indirizzo politico e, più nello specifico, sull'"ipocrisia" della neutralità politica della Corte, come è stata definita, si veda A. D'ANDREA, A. LAURO, *La "modulazione" delle pronunce della Corte costituzionale: quando la prudenza (apparente) fa da sponda all'indirizzo politico*, in *Rassegna Parlamentare*, Jovene, Napoli, 1/2021, pp. 7 ss.

107. Cfr. Sent. n. 1 del 2014, Cons. in dir. p.to 7.

108. Cfr. M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, cit.

La peculiare situazione che ha interessanto la sent. n. 1 del 2014 non pare dissimile da quella che consegue all'adozione delle decisioni di incompatibilità tedesche contraddistinte dall'ordine della continua applicazione della norma incompatibile, atteso che la legge illegittima ha continuato a trovare applicazione fino alle successive elezioni, come se non fosse mai stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del c.d. *porcellum*[109].

È stata quindi perentoriamente negata qualsivoglia efficacia retroattiva alla decisione, con la precisazione che gli effetti si sarebbero prodotti solamente "in occasione di una nuova consultazione elettorale"[110].

La decisione in questione interessa in quanto la tipicità dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità è stata "manomessa" in ragione delle descritte esigenze di natura costituzionale.

4.1. *Il* BVerfG *e la modulazione degli effetti nel tempo "vicina" a quella sottesa alla sent. n. 1 del 2014*

La modulazione degli effetti nel tempo nella materia elettorale ha caratterizzato anche la giurisprudenza costituzionale tedesca.

Similmente a quanto accaduto con riferimento alla sent. n. 1 del 2014, la ragione della gestione degli effetti nel tempo, come si vedrà, è consistita nella necessità, costituzionalmente fondata, di non celebrare nuove elezioni in base ad una legge elettorale non conforme alla Legge Fondamentale.

Nello specifico, con la decisione del 3 luglio 2008, il Tribunale costituzionale tedesco rilevava come, secondo il sistema elettorale allora vigente[111], la previsione dei 'seggi aggiuntivi' producesse regolarmente il cosiddetto "effetto del peso negativo dei voti" (*Effekt des negativen Stimmgewichts*), in base al quale un aumento dei secondi voti espressi in favore di una lista poteva paradossalmente produrre una perdita di seggi, mentre la loro diminuzione poteva portare all'effetto inverso.

L'effetto negativo era rinvenibile nella presenza di "seggi ovvero mandati in eccedenza", ed era originato dal metodo di calcolo e di ripartizione dei

109. Si veda M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, cit.

110. Sent. n. 1 del 2014, Cons. in dir. p.to 7.

111. Si trattava di un sistema "proporzionale con correzione maggioritaria", fondato sul meccanismo del doppio voto e "su alcuni elementi peculiari, quali la clausola di sbarramento (Sperrklausel), la clausola dei mandati diretti (Grundmandatklausel) ed i mandati in eccedenza o in sovrannumero (Überhangmandate)". Così. M. T. RÖRIG, *Germania*, in "Le formule elettorali previste per l'elezione del Parlamento europeo, in *www.cortecostituzionale.it*, 2010, p. 24, nota 41.

seggi ottenuti con il primo voto (*erste Stimme*, di natura maggioritaria, inclusi i mandati in eccedenza rispetto al peso proporzionale delle singole liste di candidati), e il secondo voto (*zweite Stimme*, cioè i seggi ottenuti in sede di scrutinio proporzionale di lista all'interno dei *Länder*). I seggi venivano quindi ripartiti alla luce dei voti conseguiti da un partito su base nazionale.

Nel caso in cui i candidati eletti nei collegi uninominali avessero ottenuto più voti del loro partito di appartenenza, venivano creati dei seggi in eccesso, che il partito conservava.

Il meccanismo appena delineato risultava lesivo dei principi di uguaglianza e di immediatezza della scelta elettorale, sanciti dalla Legge Fondamentale.

Pertanto, è stata dichiarata la mera incompatibilità della relativa disciplina elettorale, in combinato disposto con l'obbligo per il legislatore di modificare la legge elettorale entro il 30 giugno 2011.

Come evidenziato dalla dottrina, il *BVerfG*, consapevole che le norme incostituzionali avevano determinato una peculiare composizione del *Bundestag* (con particolare riferimento a Dresda e ad Amburgo), aveva tuttavia "osservato che i mandati interessati dal peso negativo" erano "comunque relativamente pochi sul numero complessivo"[112].

Infatti, il *BVerfG* aveva ulteriormente affermato che "l'errore interessa, complessivamente, solamente pochi mandati del *Bundestag* tedesco. Nel caso specifico sussiste la particolarità per cui l'errore elettorale interessa l'incostituzionalità di norme della legge elettorale. È compito del legislatore modificare il complesso di norme che può condurre al peso negativo dei voti, in modo tale da permettere al *Bundestag* di venire eletto sulla base di una norma conforme a Costituzione. Qualora il *Bundestag* si sciogliesse a causa della sentenza del BVerfG, allora tale decisione avrebbe un effetto solamente *ex nunc*, determinando, come causa, che il *Bundestag* non avrebbe più la possibilità di porre in essere un'adeguata modifica legislativa. Alla luce della complessità della materia in esame, non viene in considerazione il fatto che il Tribunale costituzionale configuri una base legislativa per l'attuazione delle elezioni; anche il prossimo *Bundestag* verrebbe scelto sulla base di una legge elettorale incostituzionale; la legge elettorale potrebbe essere pertanto modificata solamente da un *Bundestag* eletto in base ad una legge incostituzionale"[113].

112. Cfr. R. DE CARIA, *La sentenza costituzionale tedesca sugli Überhangmandate: anche in materia elettorale non c'è diritto senza rimedio giurisdizionale*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2009.

113. Cfr. il comunicato stampa n. 68 del 2008 del 3 luglio 2008, dal titolo "Provisions of the Federal Electoral Act from which the efect of negative voting weight emerges unconstitutional".

Come si può notare, quindi, l'interesse del *BVerfG* era quello di evitare che una legge elettorale costituzionalmente conforme venisse approvata da un Parlamento (neo) eletto in base ad una legge incostituzionale, circostanza inevitabile nel caso in cui il *Bundestag* si fosse dovuto sciogliere[114].

Ancora, del tutto significativamente, il *BVerfG* ha affermato che "[…] le conseguenze di una decisione che approva lo stato giuridico sussistente fino ad oggi è accettabile per motivi di natura costituzionale", anche perché "soltanto relativamente pochi mandati sono toccati dal calcolo incostituzionale relativo ai seggi, e pertanto la legittimazione del *Bundestag* nel suo complesso non viene lesa a tal punto da giustificare un immediato scioglimento dello stesso *Bundestag*"[115].

Il *BVerfG*, rinunciando all'adozione di una *Übergangsregelung* e in conformità alla *ratio* della pronuncia di incompatibilità, ha indirizzato al legislatore un ordine di riforma, così ponendo rimedio non solo alle previsioni relative alla sub-distribuzione dei seggi con riferimento alle combinazioni tra liste di un partito, ma anche all'intero sistema di calcolo relativo all'allocazione dei seggi dell'intero *Bundestag.*

Pertanto, le possibili soluzioni individuate dal *BVerfG* sono consistite nel contrasto, alternativamente, dell'emergenza dei mandati in sopravanzo, del calcolo combinato tra primi e secondi voti e della possibilità del collegamento tra liste[116].

E ancora, ha affermato il *BVerfG*, "nell'individuazione del Frist ai fini della rimozione del vizio di incostituzionalità, da un lato occorre considerare che un nuovo *Bundestag* debba essere possibilmente eletto sulla base di una 'corretta' base legale. Dall'altro lato si garantisce, in ragione della discrezionalità legislativa, un tempo sufficiente al fine della considerazione e del bilanciamento di tutte le alternative di regolamentazione e la corrispondente efficacia sul sistema elettorale […].

Alla luce dell'elevata complessità delle richieste di regolamentazione e considerato il termine giuridico individuato per la preparazione dell'e-

114. Nella pronuncia del 20 luglio 2021 - 2 BvF 1/21 sulla legge elettorale il *BVerfG* ha esplicitamente fatto riferimento alla possibilità di intervenire sull'illegittimità costituzionale di una legge elettorale con la mera declaratoria di incompatibilità. Cfr. Rn. 79.

115. "[…] *sind die Folgen einer Entscheidung, die die bisherige Rechtslage für eine angemessene Übergangszeit billigt, von Verfassungs wegen hinnehmbar. Der Effekt des negativen Stimmgewichts lässt sich zwar nicht bestimmten Mandaten oder Wahlkreisen zuordnen, sondern wirkt sich auf die gesamte Zusammensetzung des Deutschen Bundestages aus. Insgesamt können aber nur relativ wenige Mandate von den Veränderungen aufgrund der verfassungswidrigen Berechnung der Zahl der von den Parteien errungenen Sitze betroffen sein, so dass die Legitimation des Bundestages in seiner Gesamtheit nicht in einer Art und Weise betroffen ist, die eine sofortige Auflösung rechtfertigen würde*", Rn. *139.*

116. Cfr. il comunicato stampa n. 68 del 2008 del 3 luglio 2008.

lezione nazionale […] il procedimento legislativo dovrebbe concludersi al più tardi nell'aprile 2009, in modo tale da permettere l'applicazione della nuova disciplina alla preparazione delle elezioni del diciassettesimo *Bundestag*. Una finestra temporale ridotta comporta il rischio che non possano essere considerate e quindi affrontate le alternative secondo la modalità necessaria […] il legislatore è tenuto a rimuovere il vizio di illegittimità costituzionale al più tardi entro il 30 giugno 2011"[117].

La legge elettorale entrata in vigore, con qualche mese di ritardo, il 25 novembre 2011, è stata immediatamente oggetto di ricorsi (diretti, sollevati in via principale e per conflitto tra poteri); il *BVerfG*, con decisione del 25 luglio 2012[118], è nuovamente intervenuto sul punto, dichiarando l'illegittimità costituzionale anche della nuova disciplina.

Del tutto significativamente, il *BVerfG* ha statuito di non accordare reviviscenza alle disposizioni precedenti in quanto lo stesso Tribunale ne aveva a suo tempo dichiarato l'incostituzionalità con la sentenza del 3 luglio 2008 (*BVerfGE* 121, 266), ordinandone l'applicazione esclusivamente per un periodo transitorio, oramai spirato. Pertanto, è stata esclusa la celebrazione delle elezioni politiche fino all'approvazione della nuova legge elettorale, da finalizzarsi entro l'autunno del 2013, data di scadenza della legislatura nel corso della quale è stata adottata la pronuncia.

Infine, nel maggio 2013, il Parlamento ha approvato, sulla base delle indicazioni fornite dallo stesso Tribunale costituzionale, la ventiduesima legge di riforma del *Bundeswahlgesetz*.

5. L'equilibrio di bilancio quale antagonista dell'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento

Secondo parte della dottrina, il Giudice delle leggi non potrebbe decidere *tamquam non esset*[119], cioè adottare decisioni a prescindere dalla considerazione delle conseguenze che impattano sull'ordinamento giuridico[120]:

117. Comunicato stampa n. 68 del 2008 del 3 luglio 2008.

118. *BVerfGE* 25.07.2012, 2 BvF 3/11, 2 BvR 2670/11. Per un'analisi della pronuncia cfr. C. MATTEI, *Germania. Il Bundesverfassungsgericht dichiara l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge elettorale federale del 25 novembre 2011*, in *Civitas Europa*, 1/2013, n. 30, pp. 213-215.

119. Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 341.

120. Sul predominio dell'economia rispetto agli ordinamenti statali cfr. E. RAFFIOTTA, *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello stato costituzionale in Europa*, Bologna, Bononia University Press, 2013.

nello specifico, l'equilibrio di bilancio dovrebbe essere necessariamente tenuto in considerazione[121] nell'opera di bilanciamento.

Ebbene, proprio in nome del principio di "gradualità", il Giudice delle leggi ha evitato di "disporre l'estensione generalizzata di determinati trattamenti previdenziali"[122] sin dagli anni settanta: rilevano in questo senso la sent. n. 57 del 1975 in tema di liquidazione delle pensioni degli avvocati dello Stato e dei magistrati e le sentt. nn. 128 del 1973, 33 del 1975, 187 del 1976 e 126 del 1977, rispetto alle quali ha rilevato il principio di gradualità richiesto dalle disponibilità finanziarie[123].

Eppure, sul piano dogmatico, il principio della copertura delle spese non si rivolge alla Corte costituzionale, bensì al legislatore[124].

In questo senso si è espressa in senso unanime la dottrina, facendo leva, da un lato, sul fatto che le sentenze costituzionali non corrispondono a leggi formali, e, dall'altro, sulla considerazione per cui non vi sarebbe la possibilità di prevedere un Custode delle leggi rispettoso del principio dell'equilibrio di bilancio.

Ancora, qualora il principio previsto dall'art. 81 Cost. venisse applicato all'attività posta in essere dalla Corte, a quel punto si determinerebbe una gravosa forma di deresponsabilizzazione del potere legislativo, accompagnata da un'eccessiva discrezionalità quanto alla scelta della tipologia decisionale da adottare[125].

121. Cfr. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c.", cit., p. 186.

122. Cfr. E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, cit., 2015, p. 80.

123. La rassegna in discorso è opera di E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, cit., p. 80.

124. Cfr. R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c., della Costituzione", cit., p. 185. Ancora, sul punto si veda E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del* decisum *come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 401.

125. Occorre considerare che "le scelte di bilancio sono decisioni fondamentali di politica economica che, in ragione di questa loro natura, sono costituzionalmente riservate alla determinazione del Governo e all'approvazione del Parlamento. Si tratta, indubbiamente, di scelte che, essendo frutto di un'insindacabile discrezionalità politica, esigono un particolare e sostanziale rispetto anche da parte del giudice di legittimità costituzionale, rispetto che, nella giurisprudenza di questa Corte, si è tradotto in precisi modelli di giudizio, quali la salvaguardia della essenziale unitarietà e globalità del bilancio e, soprattutto, il riconoscimento del principio di gradualità in ordine all'attuazione di valori costituzionali che importi rilevanti oneri a carico del bilancio statale". Cfr. Sent. cost. n. 260/1990, punto 3 del Cons. in diritto.

D'altra parte, se è vero che il Giudice delle leggi può non interessarsi degli effetti delle proprie decisioni, al tempo stesso non si può non considerare il fatto che un Consulta "troppo" responsabile potrebbe determinare, all'inverso, un Parlamento irresponsabile[126].

Quanto appena scritto è tanto vero, che proprio in tema di rispetto del principio di copertura delle entrate e delle uscite la dottrina ha ipotizzato l'opportunità che la Consulta utilizzasse una "scala di valori precostituita", e ciò al fine di evitare alla stessa di "entrare troppo in mezzo alla politica e di prendere parte a favore o contro determinate posizioni politiche che sono state espresse in sede parlamentare […]"[127].

Non solo, l'impatto finanziario delle decisioni della Corte costituzionale, che si informa della medesima *ratio* dell'"impatto ambientale"[128] di bognettiana memoria, ha promosso la configurazione di nuove tipologie decisionali volte ad una forma di tutela dell'impatto ordinamentale. Secondo autorevole dottrina, infatti, l'aver "impostato il problema dell'influenza del principio di copertura delle spese sull'attività della Corte costituzionale in termini di bilanciamento tra diversi valori costituzionali costituisce senza dubbio uno stimolo a ricercare nuove e diverse tecniche decisorie da impiegarsi da parte della Corte costituzionale al fine di contemperare nel modo più appropriato i diversi e configgenti valori costituzionali, non realizzabili congiuntamente, che vengono in considerazione, allo scopo di trovare il punto di minore sofferenza per tutti"[129].

Ancora, qualche decennio fa, la dottrina aveva paventato il rischio che la Consulta, a fronte della mancanza di tecniche decisionali adatte a realizzare il bilanciamento "salvifico" in discorso, si trincerasse dietro un pericoloso *self restraint* che si sarebbe rivelato del tutto lesivo dei diritti dei singoli[130].

126. Il rischio è paventato da M. T. RÖRIG, *Germania*, in (a cura d P. Passaglia), in "Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità", Servizio Studi-Corte costituzionale", 2014, pp. 30 ss.

127. Cfr. R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c., della Costituzione", p. 195.

128. Cfr. la notissima espressione di Bognetti. Cfr. G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, in "Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale", cit., p. 224.

129. Cfr. R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c., della Costituzione", cit., p. 197.

130. Ancora R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c., della Costituzione", cit., p. 197.

Come si porrà meglio in evidenza, un simile rischio sembrerebbe oggi affievolirsi, atteso che, quando il Giudice delle leggi ha ritenuto di effettuare un bilanciamento (comprensivo anche di regole processuali), lo stesso non si è (auto) imposto alcun limite alla "creazione" di nuovi modelli decisionali.

In questo senso, forse, è possibile accostare tale recente tendenza a quella che ha contraddistinto il Giudice delle leggi tedesco quando ha iniziato ad adottare, in un contesto di "insicurezza dogmatica", le *Unvereinbarkeitserklärungen*.

Non è un caso, in effetti, che sia stata suggerita dalla dottrina italiana una possibile riflessione sull'utilizzo delle sentenze di incompatibilità tedesca al fine di una maggiore tutela del principio dell'equilibrio di bilancio[131], e ciò nonostante le forti critiche che sono state avanzate dinnanzi al recepimento di una simile tecnica decisionale, ritenuta "incompatibile" con l'art. 136 Cost[132].

In altri termini, il danno "finanziario" che si ricollega all'adozione della declaratoria di incostituzionalità ha spinto la dottrina a riflettere su possibili poteri "creativi" che la Corte costituzionale avrebbe potuto e potrebbe utilizzare, in via di *extrema ratio*.

Tanto premesso, occorre addentrarsi nel "cuore" della questione relativa all'impatto economico finanziario delle pronunce adottate dalla Corte costituzionale per chiedersi quali siano le sentenze che "costano".

Secondo la dottrina di Onida, le pronunce che impattano sulle risorse finanziarie[133] di uno Stato sono quelle che "modificano le condizioni in base alle quali dovrà provvedersi all'allocazione delle risorse"[134].

Risultano problematiche le decisioni con meri effetti contabili, così come le decisioni che sanciscono obblighi costituzionali di spesa, che com-

131. In questo senso si veda D. SORACE, A. TORRICELLI, *La tutela degli interessi tra Corte costituzionale e Parlamento: le sentenze della Corte che comportano nuove e o maggiori spese*, in (a cura di M. Cammelli), "Le istituzioni nella recessione", il Mulino, Bologna, 1984, p. 364, nota 12. Come correttamente riportato da Romboli, secondo gli autori le decisioni di incompatibilità – nello specifico con riferimento al settore economico-finanziario – si avvicinano alla tipologia decisionale delle sentenze costitutive additive. R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c., della Costituzione", cit., p. 197 nota 18.

132. G. SILVESTRI, *Relazioni e interventi*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione", cit., p. 80.

133. Come noto, rilevano nel contesto di riferimento i diritti costituzionalmente o finanziariamente condizionati. Sul punto si veda F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quad. reg.*, 1985.

134. V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione", cit., p. 19 ss.

portano un obbligo irreversibile e permanente a carico dello Stato[135]; anche le mere sentenze di natura caducatoria procurano "disagi" dal punto di vista delle conseguenze ordinamentali.

In questo senso rilevante è quanto sostenuto da Fois, secondo cui l'adozione di pronunce caducatorie foriere di una compressione di diritti costituzionalmente garantiti implica costi non indifferenti[136].

Peraltro, il nodo critico in esame si è ulteriormente irrigidito in seguito alla modifica all'art. 81 Cost.[137] intervenuta con la l. cost. n. 1 del 2012, in ottemperanza ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, così contribuendo all'introduzione in Costituzione del principio dell'equilibrio (o pareggio)[138] tra le entrate e le spese del bilancio statale[139].

Secondo autorevole dottrina, le pronunce della Corte costituzionale intervengono sull'allocazione delle risorse qualora quest'ultima sia tenuta a giudicare su leggi tributarie e qualora intervenga su leggi che dispongono, di fatto, di diritti di prestazione[140].

Nel contesto appena delineato non si può non considerare il fatto che in letteratura si sia insistito sulla "necessità di interrogarsi sull'adeguatezza

135. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 5.

136. Cfr. S. FOIS, *Intervento*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione", cit, p. 160.

137. Cfr. M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali*, Relazione al Convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", in *www.cortecostituzionale.it*, 2013, pp. 16-17.

Peraltro, si segnala sul punto la sent. cost. n. 250/2013, ove si legge che "il principio dell'equilibrio tendenziale del bilancio, già individuato da questa Corte come precetto dinamico della gestione finanziaria […], consiste nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche". Il principio in questione "ha contenuti di natura sostanziale: esso non può essere limitato al pareggio formale della spesa e dell'entrata, ma deve estendersi […] alla prevenzione dei rischi di squilibrio" (Cons. in dir. p.to 3.2).

138. La legge costituzionale n. 1/2012 è intitolata "*Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*", ma in nessuna delle disposizioni di detta legge si utilizza l'espressione "pareggio": si parla sempre di "equilibrio". Cfr. M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., pp. 12-13.

Si veda, inoltre, A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2014.

139. Si consideri che il nuovo testo costituzionale dell'art. 81 Cost. è divenuto applicabile a decorrere dall'esercizio finanziario relativo all'anno 2014.

140. Cfr. V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione", cit., pp. 19 ss.

dei mezzi utilizzati dal Giudice costituzionale per l'individuazione e l'accertamento" dei costi[141].

Con riferimento all'ordinamento tedesco, lo si è visto, il *BVerfG* non adotta, nella maggior parte dei casi, sentenze di nullità nell'ambito del diritto tributario[142].

Più nello specifico, rispetto alle norme rilevanti dal punto di vista tributario o economico, se da un lato la *Nichtigkeitserklärung* potrebbe determinare conseguenze imprevedibili, dall'altro, la dichiarazione di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung* rappresenta uno strumento "per evitare che si formi una situazione di ancora maggiore incostituzionalità"[143].

In primo luogo, la *Weitergeltungsanordnung* costituisce una "base giuridica sufficiente per esigere dai cittadini il pagamento dei tributi"[144]; in secondo luogo, rappresenta un possibile strumento per evitare l'insorgere di una situazione di incertezza giuridica[145], poiché le entrate fiscali statali o dei *Länder* potrebbero andare perse[146].

141. Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 355.

142. Si veda P. KIRCHHOF, *Die verfassungsrechtlichen Grenzen rückwirkender Steuergesetz*, in *DStR*, 2015, pp. 717, 721. Esistono, tuttavia eccezioni: in questo senso cfr. F. WOLLENSCHLÄGER, Art. 3, *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, Mohr Siebeck, Heidelberg, 2018, Rn. 324, ove viene fatto riferimento a *BVerfGE* 132, 179, (193). *Contra* C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassunsgericht*, cit., p. 29. Contro l'adozione di pronunce di incompatibilità nella materia tributaria si veda M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., p. 185, secondo il quale tributarie sono da dichiarare nulle. Per una disamina sul rapporto tra bilancio pubblico e giurisprudenza costituzionale tedesca si veda E. DENNINGER, *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'articolo n. 81 u.c., della Costituzione*, in "Atti del Seminario svoltosi in Roma presso il Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991", Giuffrè, Milano, 1993, pp. 239-245.

Ancora, si veda R. WERNSMANN, *Das gleichheitswidrige Steuergesetz - Rechtsfolgen und Rechtsschutz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 75, il quale fa riferimento alla pronuncia *BVerfGE* 6, 55.

143. H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, 2019, Rn. 218 a.

144. H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, cit., Rn. 227.

145. Cfr. *BVerfGE* 71, 330; *BVerfGE* 87, 153; *BVerfGE* 86, 148.

146. B. FÜSSENICH, *Vorläufiger Rechtsschutz im finanzgerichtlichen Verfahren bei ernstlichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von Steuergesetzen*, cit., 250. Secondo Bethge "*Haushaltsgesetzen selbst die Unvereinbarerklärung mit Fortgeltungsanordnung ein probates Mittel, um verfassungsentfernterе Zustände zu vermeiden*". Così H. BETHE, § 31, in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, cit., Rn. 218, 113.

Per questa ragione, nell'ambito del diritto tributario e dei diritti sociali non risulta sempre necessario un rimedio di natura retroattiva[147].

Ad esempio, in una famosa decisione sull'imposta di successione, la c.d. *Erbschaftsteuer*[148], è stata ordinata l'ulteriore applicabilità della norma incompatibile; al contempo, il legislatore avrebbe dovuto ottemperare all'obbligo di riforma della norma solamente fino ad un termine preciso indicato dallo stesso *BVerfG*.

Nella decisione appena menzionata il Tribunale costituzionale federale aveva affermato che "l'inapplicabilità delle disposizioni risultanti da tale dichiarazione, combinata con l'obbligo del legislatore di modificare retroattivamente le disposizioni fino al momento dell'adozione della decisione comporterebbe notevoli incertezze di bilancio e gravi problemi di natura tecnico-amministrativa […]"[149].

E ancora[150], il *BVerfG* ha affermato che "per quanto precede, il Senato ordina di mantenere la validità delle disposizioni contrarie al principio di uguaglianza fino alla *Neuregelung*. Il mantenimento della validità delle disposizioni contestate è tollerabile anche perché il legislatore ha in larga misura colmato una delle principali lacune per i regimi fiscali indesiderati delle "Cash-Gesellschaften" […].

Del tutto analoga è la pronuncia in tema di tassazione sul reddito[151].

In tale occasione, la declaratoria dell'incompatibilità della norma si è fondata sulla considerazione per cui "la dichiarazione di nullità condurrebbe alla situazione per cui il prelievo fiscale non potrebbe avere luogo fino all'adozione di una nuova legge. Inoltre, il legislatore ha diverse possibilità per rimediare alla violazione costituzionale. Dovrà determinare l'indice di fissazione del minimo di sussistenza tassabile verso l'alto. Nel fare ciò, può, per esempio – entro i limiti del diritto costituzionale – prendere in considerazione non solo ragioni di politica fiscale e finanziaria, ma anche di politica sociale e familiare; inoltre, il legislatore potrebbe disegnare

147. H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, cit., Rn. 217. Secondo Schwindt il *BVerfG* non sarebbe legittimato ad adottare ordini di applicazione della norma incompatibile in ragione dell'esigenza di salvagurdare la certezza del diritto.

Così M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., p. 186.

148. *BVerfGE* 138, 136.

149. *BVerfGE* 138, 136 (150).

150. *BVerfGE* 138, 136 (251 ss.).

151. Cfr. la sentenza del 25 settembre 1992 - 2 BvL 5/91. Per un commento alla pronuncia cfr. C. STARCK, *BVerfG, 25.9.1992 - 2 BvL 5,8 und 14/191. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der staatlichen Besteuerungsgewalt*, in *JZ*, 6, 1993, pp. 306-312.

la scala fiscale in modo tale che l'effetto di sollievo di una sufficiente indennità di base per i redditi più alti sia gradualmente assorbito dal carico fiscale progressivamente crescente"[152].

Quanto all'efficacia temporale della c.d. *Neuregelung*, il *BVerfG* ha affermato che "i profili relativi ad una pianificazione finanziaria e di bilancio affidabile e di una gestione finanziaria e di bilancio corrispondente si oppongono a un obbligo di riforma di natura retroattiva (cfr. BVerfGE 72, 330 <422>)".

Pertanto, "il principio di bilancio su base annuale sarebbe messo in discussione, così gravando sui bilanci attuali con richieste di rimborso fiscale di importi straordinari. La pianificazione finanziaria dello Stato sarebbe compromessa; inoltre, la capacità finanziaria dello Stato di agire sarebbe minacciata a meno che le tasse non siano temporaneamente aumentate in modo sostanziale"[153].

In definitiva, per ragioni squisitamente costituzionali, e sottolineando il concreto pericolo del determinarsi di una situazione "ancora più incompatibile"[154], il *BVerfG* ha sollecitato il legislatore ad intervenire solamente per il futuro[155].

Pare significativo sottolineare che soltanto in via del tutto eccezionale il *BVerfG* adotta una sentenza di nullità in materia di diritto tributario[156].

In tale pronuncia, il *BVerfG* ha dichiarato l'articolo 54, paragrafo 9, alinea 1 del *Körperschaftsteuergesetz* del 1999 incompatibile e nullo con gli articoli 20 II, 38, I seconda frase, 42, I, prima frase, e 76 I della Legge Fondamentale.

Secondo il *BVerfG* "[…] Lo scostamento dalla conseguenza della nullità viene preso in considerazione soprattutto se la determinazione della nullità di una disposizione si tradurrebbe in una situazione ancora più lontana dall'ordine costituzionale rispetto alla situazione precedente (cfr. *BVerfGE 37, 217* <261>; 61, 319 <356>; 87, 153 <177 f.>; 111, 191 <224>; 132, 372 <394>). Nell'interesse di una pianificazione finanziaria e di bilancio affidabile e di un'esecuzione amministrativa uniforme, la Corte costituzionale federale si è astenuta dal dichiarare nulli gli *standard* di rilevanza di bilancio per periodi di valutazione ampiamente completati e ha dichiarato giustificata l'applicazione continuativa di standard incostituzionali

152. Così la decisione del 25 settembre 1992 - 2 BvL 5/91 - Rn. 89.
153. Cfr. la decisione del 25 settembre 1992 - 2 BvL 5/91 - Rn. 92.
154. Così R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, cit., p. 287.
155. Cfr. *BVerfG*, 2 BvL 5/91 del 25 settembre 1992, Rn. 93
156. Si segnala, a questo proposito, la pronuncia del 15 gennaio 2019 - 2 BvL 1/09.

(cfr. BVerfGE 2, 294>). BVerfGE 87, 153 <178 f.>; 93, 121 <148>; 105, 73 <134>; 111, 191 <224 f.>; 117, 1 <69 f.>; 125, 104 <136>)". Alla luce di ciò, non vi sono motivi imperativi o addirittura preponderanti per discostarsi dalla norma di legge di cui al § 78 1 *BVerfGG* e per astenersi dal dichiarare l'invalidità della disciplina incostituzionale"[157].

Come si è già avuto modo di vedere, secondo prassi costante del *BVerfG* la dichiarazione di incompatibilità ha lo stesso effetto retroattivo della *Nichtigkeitserklärung.*

Tuttavia, va notato che "il legislatore non è obbligato ad eliminare la situazione giuridica incostituzionale prima della data della decisione costituzionale"[158], e che "è indiscutibile che una riforma della disciplina incostituzionale debba avere efficacia per il futuro […]" mentre "per il *BVerfG* una disciplina dotata di effetto retroattivo fino al 'punto di collisione' risulta solamente *talvolta* indispensabile"[159].

Le tesi appena menzionate hanno conosciuto ampia conferma nella prassi del *BVerfG.*

Ad esempio, nella sentenza *Finanzausgleich I* il *BVerfG* ha dichiarato che "[…] non solo gli aspetti della certezza giuridica, ma anche quelli di una pianificazione finanziaria, di spesa e di bilancio affidabile, i cui effetti possono essere calcolati, nonché la corrispondente gestione finanziaria, di spesa e di bilancio, ostacolano un intervento retroattivo della disciplina della riforma […][160].

Sul piano squisitamente teorico, secondo una parte della dottrina, gli effetti delle sentenze di incompatibilità si collocano su un piano temporale che "in linea di principio non ha effetto retroattivo e che infatti è menzionato solo nell'art. 79, primo comma, *BVerfGG* e non nel suo paragrafo n. 2"[161].

A tal proposito, si consideri che già nel 1996 la dottrina scriveva di una "tendenza allo sviluppo di *Unvereinbarkeitserklärungen* con effetto *ex-nunc*"[162].

157. *BVerfG*, - 2 BvL 1/09 del 15 gennaio 2019, Rn. (1-85).

158. Cfr. M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 246.

159. Cfr. P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 168.

160. Così il *BVerfG* 72, 330 (422 ss.): "*Nicht allein Gesichtspunkte der Rechtssicherheit, vielmehr auch solche der verläßlichen und in ihren Wirkungen kalkulierbare Finanz-, Ausgaben- und Haushaltsplanungen sowie einer entsprechenden Finanz-, Ausgaben- und Haushaltswirtschaft stehen bei der hier in Frage stehenden Regelungsmaterie rückwirkenden Eingriffen entgegen*".

161. Cfr. S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 167.

162. Si veda R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Besipiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, cit., p. 288 e anche M. DIETZ, *Verfassungsge-*

Infine, talvolta i *topoi* che sembrerebbero giustificare una simile efficacia non si fondano su chiare esigenze di natura costituzionale, ma solamente su un arsenale decisionale particolarmente flessibile di cui il *BVerfG* si avvale liberamente: pertanto, sembrerebbe che il Tribunale costituzionale federale non abbia sviluppato un proprio "concetto dogmatico" per giustificare la gestione dell'efficacia delle pronunce nel tempo, soprattutto in materia fiscale[163].

5.1. *La sent. n. 10 del 2015: un* unicum *nella storia della giustizia costituzionale*

La "grande decisione"[164] n. 10 del 2015[165] sulla *Robin Tax* riveste un ruolo fondamentale nell'ambito della prassi temporalmente manipolativa in quanto schiude le porte ad una problematica molto ampia: quella della forma elastica delle categorie processuali[166] che governano il giudizio costituzionale[167] e quella (correlata) del potere "costituente"[168] del Giudice delle

richtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen, cit., pp. 244-245.

163. Si veda ancora R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Besipiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, cit., p. 289.

164. Così R. ROMBOLI, *L'obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, cit., 2015.

165. Come ampiamente noto, in occasione della pronuncia in discorso, il Giudice delle leggi ha dichiarato (pur tenendo conto degli effetti economici che avrebbe prodotto una declaratoria di incostituzionalità *tout-court*) l'illegittimità costituzionale di una disposizione come l'art. 81, commi 16, 17 e 18 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 6 agosto 2008, n. 133, nella parte in cui prevede che l'aliquota dell'imposta sul reddito delle società afferenti al settore energetico sia applicata con una addizionale di 5,5 punti percentuali per i soggetti che abbiano conseguito nel periodo di imposta precedente un volume di ricavi superiore a 25 milioni di euro.

166. In questo senso pare significativo quanto affermato da Elia rispetto agli standards di comportamento che dovrebbe tenere la Corte costituzionale, improntati alla garanzia di "prospettive di certezza ai giudici e ai cittadini circa l'uso dei mezzi processuali che hanno, poi, un grandissimo rilievo anche sul piano sostanziale". Cfr. L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, in "Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale", cit., p. 98.

167. Tale impostazione è fortemente criticata da Romboli, secondo il quale la Corte costituzionale "non può e non deve ritenersi libera di prestare osservanza a suo piacimento". Così R. ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, cit., p. 529.

168. Forse il potere costituente del Giudice delle leggi nel momento in cui statuisce l'efficacia solamente *pro futuro* può consistere – da un punto di vista esclusivamente riferibile alle tipologie decisionali – nel fatto che la declaratoria di illegittimità costituzionale

leggi, il quale, talvolta, ha statuito di governare secondo canoni del tutto creativi il processo costituzionale[169].

In buona sostanza, e ciò rileva rispetto al tema in discorso, "la Corte farebbe 'giustizia' solo con la sua risposta (che potrebbe essere buona o cattiva), mentre non costituirebbe una garanzia di 'giustizia' in sé il rispetto delle regole del procedimento"[170].

Non è un caso che il Giudice delle leggi abbia richiamato nella pronuncia in commento alcuni significativi precedenti al fine di legittimare il proprio ruolo di Custode della Costituzione *super partes*: come noto, nella decisione vengono richiamate la sent. n. 266 del 1988, le sentt. nn. 13 e 423 del 2004 e la sent. n. 370 del 2003.

Eppure, soltanto il richiamo alla sent. n. 266 del 1988 sembra colorarsi di una certa coerenza, poiché tale decisione corrisponde, nei fatti, ad una sentenza di incostituzionalità differita con effetto rigorosamente *ex nunc*[171] adottata nell'ambito di un giudizio in via incidentale.

"dal momento in cui" corrisponde di fatto ad una doppia pronuncia: di accoglimento, per un verso, e di rigetto per un altro verso. Di qui, la (comprensibile) ribellione dei giudici *a quibus*. Cfr. sul punto M. MORELLI, *La sentenza n. 50 del febbraio 1989 e l'accoglimento del nuovo modello decisorio di declaratoria di incostituzionalità "sopravvenuta", a seguito di precedente pronuncia monitoria*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere" cit., p. 420.

169. Sul punto si veda la dura critica mossa da Ruggeri al potere costituente della Corte costituzionale: A. RUGGERI, Sliding doors *per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015*), in *www.forumcostituzionale.it,* 9 aprile 2015, p. 3. Interessante notare che Veronesi fa riferimento ad un'affermazione di programma e ad una particolare strategia che costituiscono un *novum* rispetto alla giurisprudenza pregressa. Cfr. P. VERONESI, *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce di accoglimento dopo la sentenza n. 10 del 2015*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015. Si veda, ancora, la conclusione di Troisi sul tema del rapporto tra poteri istruttori e modulazione degli effetti nel tempo in materia finanziaria. Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 357. Ancora, si consideri che tale decisione è stata adottata dalla Corte in seguito ad una dilatazione dei tempi del processo costituzionale, poiché la declaratoria dell'illegittimità costituzionale è intervenuta solamente quattro anni dopo la sollevazione della questione di legittimità costituzionale. Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio* a quo: *la Corte alla prova dei fatti*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", p. 458.

170. In questo senso M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., p. 35. Secondo Staiano in occasione della pronuncia in commento il Giudice delle leggi si è discostato "dai capisaldi del modello di giurisdizione costituzionale". Cfr. S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in *www.federalismi.it*, 3/2021, p. 111.

171. Eppure la *ratio decidendi* è del tutto dissimile. Così L. GENINATTI SATÈ, *La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza costituzionale n. 10/2015*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 93.

Le altre pronunce, invece, sono state adottate nell'ambito di un giudizio in via principale.

Nonostante i richiami (o le citazioni, come affermato da una dottrina molto critica[172]) ai propri precedenti giurisprudenziali, il Giudice delle leggi ha posto in essere un *novum* che ha rivitalizzato "la necessità di una riflessione oggi sulla possibilità per il Giudice costituzionale di modulare gli effetti temporali delle sue decisioni [...]"[173].

Ebbene, la modulazione degli effetti nel tempo sembra rappresentare uno di quegli ambiti in cui la sostanza del diritto costituzionale si riflette sul processo (costituzionale), talvolta stravolgendone la struttura e l'impalcatura[174]. In questo senso, si è fatto riferimento ad una pronuncia "patologica" rispetto al corretto funzionamento del raccordo tra Consulta e giudici[175], poiché la prima ha svolto un potere discrezionale "molto più simile a quello del legislatore [...] che non a quello di un giudice"[176].

Non solo. Il quesito che rimane relegato sullo sfondo, e che tuttavia si manifesta con forza, è quello della possibilità di una "relativizzazione" del principio dell'efficacia retroattiva della sentenza di accoglimento in nome della salvaguardia di esigenze costituzionali[177].

L'operazione di bilanciamento viene argomentata dal Giudice delle leggi anche con riferimento ad un precedente giurisprudenziale, vale a dire la notissima sent. n. 85 del 2013, in occasione della quale è stata (significati-

172. Si veda sempre R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, cit.

173. Cfr. l'attenta dottrina di M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., 34.

174. Così la dottrina: "Il tema coinvolge lo studio non solum del diritto positivo in materia, sed etiam del contingente fluire del rapporto fra il profilo processuale e sostanziale del giudizio di di costituzionalità". Così A. STEVENATO, *Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2018, p. 186.

175. Sul punto si veda M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, cit., p. 3.

176. R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in "Studi in onore di Franco Modugno", Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 3031.

177. Cfr. S. CATALANO*, Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio* a quo, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 389, il quale, criticamente, ritiene che la recente prassi temporalmente manipolativa del Giudice delle leggi non sia mossa lungo i binari di chiare esigenze costituzionalmente fondate. Con riferimento alle esigenze in questione si veda F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 252.

vamente) descritta la *ratio* del bilanciamento al fine di garantire la Costituzione come un tutto unitario, in modo da assicurare, in modo sistematico e non frazionato, tutti i diritti e i principi coinvolti nella decisione rispetto a diritti fondamentali[178].

Dichiara ancora il Giudice delle leggi che "se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette […]"[179].

Quanto all'impiato argomentativo sotteso alla sent. n. 10 del 2015, l'efficacia retroattiva connaturata alla declaratoria di incostituzionalità, ovvero "l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni […]" avrebbe determinato "[…] uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime"[180].

La Corte costituzionale, nel riferirsi, genericamente, ad "altri principi" con riferimento all'impatto della declaratoria di incostituzionalità[181], è sembrata porsi nei panni di un *dominus* assoluto del processo costituzionale, quasi alla stregua del Giudice costituzionale tedesco.

Dall'efficacia irretroattiva di una sentenza di accoglimento deriva un "arresto cardiaco"[182], dinnanzi al quale si manifestano tutte le problematiche che si inseriscono nella intricata dinamica riguardante il rapporto tra il giudizio in via incidentale e il bilanciamento che pone in essere la Corte costituzionale.

Quanto appena segnalato spinge a riflettere sul legame inscindibile esistente tra l'ordinamento costituzionale nel suo insieme e il processo costituzionale quale crocevia tra gli *iura* e la *lex*.

178. Cfr. V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Rivista AIC*, 3/2013.

179. Cfr. Sent. n. 85 del 2013, Cons. in dir. p.to 9.

180. Sul punto si veda la Sent. n. 10 del 2015, Cons. in dir. p.to 8.

181. A. STEVENATO, *Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale*, cit., p. 199.

182. Cfr. A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, cit., p. 3.

Se si vuole evitare che il Giudice costituzionale statuisca di governare la materia del processo costituzionale *praeter legem*, alla stregua di un legislatore che utilizza secondo le regole del caso le norme del procedimento in cui esso si trova ad operare, risulta necessario che il legislatore si soffermi con attenzione sulla problematica relativa alla modulazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità nel tempo.

Una debita attenzione da parte del legislatore alle problematiche in questione porterebbe, se non altro, ad abbassare il livello di politicità insista nel bilanciamento che caratterizza, in genere, la sentenza di natura irretroattiva (o, comunque, differita).

Come ha avuto modo di porre in evidenza la dottrina, l'esigenza di regole e previsioni elastiche "conduce a riflettere sulla identificazione di una soglia minima di principi che deve essere considerata indisponibile"[183]. Certo è che l'identificazione di tale soglia non risulta un'operazione di facile soluzione: d'altra parte, pare evidente che il contenimento degli effetti nel tempo, andando a recidere il nesso di incidentalità, stravolge quell'equilibrio di principi che costituisce la *condicio sine qua* non è possibile delineare un "processo" costituzionale.

È stata sottolineata, a tal proposito, l'esigenza di qualificare le regole che presidiano il processo costituzionale quali vere e proprie regole, pertanto vincolanti e non meramente espressive di una forma di indirizzamento[184].

Nel caso di specie, invece, la Corte costituzionale ha individuato, a seguito di un bilanciamento[185] *praeter* (o addirittura *contra legem*), un principio fondamentale che è stato elevato a *superprincipio*[186].

183. R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, cit., p. 3029.

Si consideri, a proposito dell'"elasticità" del processo costituzionale, che secondo la dottrina la Corte avrebbe "riscritto" interamente l'art. 30, terzo comma, della l. n. 87 del 1953 alla luce del richiamo del principio di stretta proporzionalità. Così E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 143.

184. R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, cit., p. 3011.

185. Afferma la dottrina che il Giudice delle leggi in occasione della pronuncia in discorso ha messo in campo la tecnica del bilanciamento solamente dopo avere "fatto specifico uso del giudizio di proporzionalità, che consente di controllare la legittimità della disposizione sotto il profilo della congruità dei mezzi e fini […]". Cfr. G. DI COSIMO, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica*, in *www.forumcostituzionale.it*, 3 giugno 2016.

186. Così G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 248, ove si fa riferimento all'equilibrio di bilancio quale superprincipio. Si veda, inoltre, I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a superprincipio*, in *www.forumcostituzionale.it*, 26 maggio 2015. Si consideri che la disposizione costi-

Il quesito che emerge in seguito alla lettura della presente decisione è il seguente: possono regole di natura procedurale essere suscettibili di soccombere dinnanzi alla potenziale lesione di diritti fondamentali?

L'interrogativo non risulta di facile risoluzione anche alla luce del *decisum* e dell'impianto argomentativo sotteso alla sent. n. 70 del 2015[187], in occasione della quale la Corte costituzionale ha tradito quell'intento di "supertutela" dell'equilibrio di bilancio che invece ha contraddistinto la sent. n. 10 del 2015, tanto è vero che è sfumato il riferimento all'art. 81 Cost.[188] in ragione del – probabile – timore della Corte costituzionale di sollevare ulteriori problematiche legate alla "creativa" gestione del processo costituzionale.

Tanto chiarito, la sentenza in discorso rappresenta una forma di rottura rispetto alla pregressa giurisprudenza temporalmente manipolativa al punto da non potere non essere definita nel senso di una forma di rivitalizzazione *tout-court* dei pregressi episodi di governo degli effetti[189]; infatti, fino al 2015 la Corte costituzionale ha (più o meno esplicitamente) dichiarato l'incostituzionalità a partire da un certo momento utilizzando la categoria dell'incostituzionalità sopravvenuta.

Prima del caso giurisprudenziale in commento, il Giudice delle leggi non aveva mai esplicitato la ragione posta a fondamento della palese gestione *de facto* degli effetti della decisione di incostituzionalità[190]; in

tuzionale in questione non è stata invocata dal giudice *a quo*. In questo senso G. DI COSIMO, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica*, cit. In parte contraria la dottrina di Sica, secondo cui avrebbe assunto un peso notevole "l'esistenza di un grave pregiudizio per gli artt. 3 e 53 Cost. che, per le ragioni sopra meglio specificate, in realtà sembra avere assunto rilievo dirimente ai fini dell'esercizio del potere di modulazione". Cfr. M. SICA, *Graduazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità costituzionale e garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale nella sentenza sulla c.d. Robin Hood Tax*, in *Rivista della regolazione dei mercati.it*, 2015, p. 236. Fa riferimento all'equilibrio di bilancio quale limite all'efficacia retroattiva Polese. Cfr. M. POLESE, *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento*, in *Osservatorio AIC*, 2015. Secondo la dottrina di Nori, "la politica economica sta assumendo un nuovo rilievo nell'ambito giuridico". Cfr. G. NORI, *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: qualche osservazione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 26 maggio 2015, p. 1.

187. Per un commento positivo della sentenza si veda G. M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *Federalismi*, 10/2015.

188. Così l'attenta dottrina di G. DI COSIMO, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica*, cit.

189. Così E. GROSSO, *Il governo degli episodi temporali della sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, cit., p. 81.

190. In questo senso R. PINARDI, *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 45

altri termini, la Corte costituzionale è uscita allo scoperto[191] rivendicando "esplicitamente a sé il relativo potere"[192], abbandonando così le tipologie decisionali dietro cui si trincerava in passato al fine di neutralizzare o limitare l'efficacia retroattiva della stessa declaratoria di incostituzionalità.

In questo modo la Corte costituzionale ha rifiutato di operare una scissione tra il momento dichiarativo e quello costitutivo, esplicitamente avocando a sé entrambi i momenti e pretendendo di modulare l'intensità di quello costitutivo[193].

In questo senso la sentenza "dieci" ha reso manifesto "il valore in funzione del quale la retroattività è stata limitata" e ha di fatto permesso di verificare, cosa che non si è verificata nel caso della sent. n. 152 del 2020, come si vedrà, "se la misura di tale limitazione è congrua rispetto al valore tutelato"[194].

Ebbene, la risposta al quesito che ci si è poc'anzi posti parrebbe negativa alla luce dell'assenza di dati economici in grado di fondare l'efficacia meramente *pro futuro* in commento, chiaramente volta ad evitare "oneri restitutori a carico dello Stato"[195].

In ogni caso, il Giudice delle leggi si è mostrato "coraggioso", atteso che, seppur oltre le regole processuali e quindi "oltre i confini del diritto",

191. Si veda E. GROSSO, *Il governo degli episodi temporali della sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, cit., pp. 79, 81. Cfr. anche E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del* decisum *come fattore di decisione nelle pronunce*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 427. Potrebbe rilevare in questo senso il richiamo a quanto affermato da Mezzanotte rispetto alla necessità che, in occasione della limitazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità, il Giudice delle leggi possa basare la propria giurisprudenza su materiali del giudizio di ragionevolezza. Cfr. C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 46. Si veda anche E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 143, ove si fa riferimento ad una (paradossale) incostituzionalità *ab origine* ancora "expressis verbis" applicabile.

192. Cfr. E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia*?, cit., p. 84.

193. Così del tutto significativamente E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, cit., p. 86.

194. In questo modo si è espresso Panunzio in merito a gli "artifici" posti in essere dalla Consulta al fine di derogare il regime degli effetti, alla luce della rilevante e perniciosa efficacia generale dell'efficacia retroattiva, cioè una "disapplicabilità erga omes della norma di legge dichiarata incostituzionale". Così S. PANUNZIO, *Incostituzionalità "sopravvenuta", incostituzionalità "progressiva" ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., pp. 283 ss.

195. Cfr. sul punto G. P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2017, p. 7.

ha continuato a svolgere un ruolo che aveva iniziato a perseguire verso la fine degli anni ottanta e che, secondo una parte della dottrina, probabilmente, "in una società come la nostra non può non svolgere"[196].

Come si accennava, il Giudice delle leggi non ha utilizzato i propri poteri istruttori: la sentenza, infatti, non contiene alcun dato di ordine economico; pare pertanto difficile il raggiungimento di una stabile forma di legittimazione di una Corte costituzionale "temporalmente creativa".

La nuova stagione inaugurata dalla decisione in commento ha permesso al Giudice delle leggi di muoversi nel contesto della "libertà dalla legge processuale"[197], così come accaduto con riferimento alla sent. n. 152 del 2020 e 41 del 2021, adottate nell'ambito di un giudizio in via incidentale.

Infine, la decisione in discorso sollecita una riflessione che autorevole dottrina aveva magistralmente impostato sul finire degli anni ottanta: si tratta della rilevata necessità di irrobustire la motivazione delle sentenze in cui questo bilanciamento si realizza, elaborare *tests* che "guidino il cammino della Corte su questa via, tutto questo significa – a me sembra – non tanto incoraggiare la Corte ad assumere un ruolo che non è suo, ma piuttosto contribuire a fare in modo che la Corte assuma pienamente e consapevolmente la *responsabilità* di questo suo ruolo"[198].

Quanto appena scritto è tanto più di rilievo, se si considera che la materia penale e quella economico-sociale corrispondono agli ambiti forse più favorevoli ad un'apertura da parte della Corte costituzionale non solo, rispettivamente, a strumenti decisionali volti a valorizzare la discrezionalità del legislatore nel solco dell'intervento della declaratoria di incostituzionalità, ma anche a (correlati) strumenti volti al contenimento dell'efficacia retroattiva: di qui, il *tres-d'union* rappresentato dalle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

5.2. *La sentenza del 10 aprile del 2018 del* BVerfG *in materia tributaria: una sent. n. 10 del 2015 alla tedesca?*

Come si è avuto modo di vedere, l'equilibrio finanziario rappresenta un elemento *tipico* della prassi temporalmente manipolativa del *BVerfG*.

196. Si veda ancora S. PANUNZIO, *Incostituzionalità "sopravvenuta", incostituzionalità "progressiva" ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., p. 284.

197. Espressione utilizzata da A. PIZZORUSSO, *Prefazione*, in "La giustizia costituzionale a una svolta", cit., p. 7.

198. S. PANUNZIO, *Incostituzionalità "sopravvenuta", incostituzionalità "progressiva" ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, p. 600. Per un'ampia trattazione sul tema della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale si veda A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1996.

Il 10 aprile 2018 è stata pubblicata una sentenza costituzionale molto attesa[199], che rappresenta, per le ragioni che si vedranno, una novità rispetto alla pregressa giurisprudenza temporalmente manipolativa in ambito tributario, così come, nel contesto della giustizia costituzionale italiana, costituisce una novità la sent. n. 10 del 2015.

Entrambe le pronunce, infatti, fondano la gestione dell'elemento temporale su argomentazioni innovative: nel caso della sent. n. 10 del 2015, lo si è visto, il Giudice delle leggi ha "apertamente" dichiarato, al pari di altri Tribunali costituzionali, di potere governare gli effetti delle proprie pronunce nel tempo, potendo addirittura intervenire sul requisito della rilevanza[200] e sul diritto processuale in generale; nel caso della decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, il *BVerfG* giustifica un doppio ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile facendo leva sulla consuetudine insita nello stesso pagamento del tributo.

Sul piano del diritto sostanziale, la *Unvereinbarkeitserklärung* in oggetto fa capolino rispetto alla fitta giurisprudenza del *BVerfG* in ambito tributaristico alla luce delle (imponenti) conseguenze da essa derivanti sul piano della politica tributaria, che hanno imposto la necessità di far fronte a compiti gravosissimi, descritti dalla stessa dottrina[201]; per quanto interessa, invece, il piano del diritto processuale costituzionale in senso stretto, il *BVerfG*, consapevole delle notevoli ripercussioni che avrebbe generato l'adozione di una secca declaratoria di incostituzionalità, ha adottato una decisione contraddistinta da una struttura peculiare, supportata da un'argomentazione *sui generis*.

I procedimenti principali nei quali sono state sollevate le tre questioni di legittimità costituzionale della Corte Federale delle Finanze (*Bundesfinanzhof*), e i due ricorsi individuali (*Verfassungsbeschwerde*), inerivano la

199. R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BverG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, in *BB*, 2018, p. 1495; si veda anche W. SCHEFFLER, *Verfassungswidrigkeit der Grundsteuer – wie könnte eine Lösung aussehen?*, in *BB Die erste Seite*, 2018; ancora, U. EVERSLOH, *Die Woche im Steuerrecht*, in *BB*, 2018, p. 852 e D. KLEIN, *Das BVerfG kippt ein steuerliches Fossil*, in *LTO*, 2018. Per un commento analitico, anche con riferimento, in generale, alla tipologia decisionale delle *Unvereinbarkeitserklärungen* si permetta di rinviare a N. FIANO, Il Bundesverfassungsgericht *e l'arte di differire gli effetti 'finanziari' delle proprie decisioni*, in *Federalismi*, 23/2018.

200. Sul requisito della rilevanza si veda il contributo autorevole di F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, *"Non manifesta infondatezza" e "rilevanza" nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1972.

201. In questo senso, cfr. D. KLEIN, *Das BVerfG kippt ein steuerliches Fossil*, cit. Si consideri infatti, che la dottrina ha fatto riferimento, rispetto alla condotta che dovrà essere soddisfatta dall'amministrazione finanziaria, ad un'impresa degna della natura di Ercole (*Herkulesaufgabe*), in D. EISELE, *Einheitsbewertung des Grundvermögens für Zwecke der Grundsteuer verfassungswidrig*, in *NWB*, 2018; non solo, la rilevanza della tassa in esame imporrà anche al legislatore di porre in essere un'attività "immane".

questione relativa alla compatibilità con l'art. 3 I della Legge Fondamentale della determinazione del valore unitario dei terreni dei "vecchi *Länder*" ai fini dell'applicazione della tassa sul terreno (*Grundsteuer*), il quale non era stato più oggetto di aggiornamento a partire dal 1964[202].

Si consideri che, addirittura, per quanto riguarda i *Länder* appartenenti alla parte est della Germania, le autorità competenti erano (e sono tuttora) tenute a fare riferimento a valori risalenti al 1935[203].

Le norme oggetto delle tre questioni di legittimità costituzionale e dei due ricorsi individuali consistono negli artt. n. 19, 20, 21, 22, 23, 27, 76, comma 2, 79, comma 5, 93, comma 1, alinea 2 della legge sulla valutazione (*Bewertungsgesetz – BewG*), che regola la valutazione fiscale dei beni.

Ai fini della comprensione della *ratio decidendi* del *BVerfG* importa rilevare che, nonostante la tassa sui terreni corrisponda, ai sensi dell'art. 106, comma 6, della Legge Fondamentale, ad una tassa di natura comunale[204], tuttavia il parametro di riferimento ai fini dell'individuazione del valore d'imposizione viene stabilito dal *Bund*[205].

Si consideri inoltre che, a differenza di altre tipologie di tributi, la *Grundsteuer* si riferisce a beni, che, se non ne costituiscono addirittura un *unicum*, sono comunque fortemente legati al territorio[206].

È infatti proprio l'estensione spaziale della tassa interessata dalla dichiarazione di incostituzionalità ad avere, di fatto, "modellato" l'architettura decisionale del *BVerfG*.

Quanto alla descrizione della vicenda processuale, le ordinanze di rinvio della Corte delle Finanze del *Bund* (d'ora in poi *BFH*), erano imperniate intorno alla seguente questione di legittimità costituzionale, ovvero se il valore della base imponibile *standard* (*Einheitsbewertung*)[207] previsto

202. Rispetto a tutte le parti in causa, alla base dell'interesse a ricorrere al Tribunale costituzionale vi era, verosimilmente, l'interesse alla vendita dei beni.

203. Così D. KLEIN, *Das BVerfG kippt ein steuerliches Fossil*, cit.

204. Per una trattazione esaustiva sul tributo in discorso si veda M. BROER, L. JARASS, *Verfassungsfeste Erhebung der Grundsteuer mittels Grundsteuererklärung*, in *BB*, 2018, p. 919.

205. In questo senso R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BverG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., 1488-1489. Cfr. anche *BVerfG: Verfassungswidrigkeit der Einheitsbewertung zur Bemessung der Grundsteuer*, in *NJW*, 2018, p. 1452.

206. Così M. BROER, L. JARASS, *Verfassungsfeste Erhebung der Grundsteuer mittels Grundsteuererklärung*, cit., p. 919.

207. Si consideri che quest'ultima assume significato, allo stato attuale, solamente con riferimento alla *Grundsteuer*; J. U. HINDLER, A. FELDHAUS, *Verfassungswidrigkeit der Vorschriften zur Einheitsbewertung für der Grundsteuer*, in *GmbHR*, 2018, p. 135.

Più nello specifico, l'*Einheitswert* consiste in un valore specifico, riferibile a beni immobili edificati e non edificati o dei beni ad essi equiparabili, il quale viene stabilito in seguito ad un procedimento standardizzato; esso è previsto dall'art. 19 I *BewG*, dichiarato, appunto, incostituzionale dal *BVerfG*.

per la determinazione della riscossione della tassa sui beni immobili fosse compatibile con l'art. 3 I *GG*.

Si consideri che l'*Einheitswert* (il valore unitario) viene applicato per ogni terreno al fine valutare gli immobili[208].

Il *BFH* asseriva che oramai l'*Einheitsbewertung* fosse rilevante solamente per la stessa *Grundsteuer* e che i valori individuati erano al di sotto della soglia del valore comune[209].

È da notare che già nel 2010 il *BFH* aveva adottato una decisione monitoria nella quale affermava che le disposizioni sulla *Einheitsbewertung* erano da considerarsi costituzionali solamente fino al 2007[210].

Vale la pena di rammentare che le parti del processo principale, ad eccezione di una, erano proprietari di terreni edificati in più *Bundesländer*[211], motivo per il quale si sono rivolte ai tribunali competenti in materia finanziaria al fine di opporsi al valore unitario stabilito dall'Agenzia competente rispetto ai beni di loro proprietà.

Come si accennava il *BFH*, in occasione dei tre "procedimenti di revisione" (*Revisionsverfahren*), ha sollevato, mediante tre ordinanze, questione di legittimità costituzionale[212].

Il mancato aggiornamento del *Hauptfeststellungpunkt*, corrispondente al "punto di determinazione dell'*Einheitswert*", ovvero al rilevante momento in cui avviene la fissazione e della determinazione del valore unitario riferibile ai fini fiscali ai terreni edificati e non edificati, ha determinato, di fatto, una distorsione del valore dei beni coinvolti, dal momento che, e ciò lo si vedrà più nel dettaglio in seguito, la determinazione di tale valore di riferimento dovrebbe avvenire, ai sensi dell'art. 21, comma 1 del *BewG*, regolarmente ogni sei anni; proprio il mancato aggiornamento del valore unitario avrebbe determinato l'individuazione di valutazioni ancorate ad un valore di riferimento risalente a più di cinquanta anni fa.

Nonostante l'*Einheitswert* venisse individuato successivamente al 1964 sulla base delle relative procedure[213], in ogni caso la valutazione concreta

208. Così specificato da M. BROER, L. JARASS, *Verfassungsfeste Erhebung der Grundsteuer mittels Grundsteuererklärung*, cit., p. 919.

209. Cfr. *BVerfG: Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer verfassungswidrig*, in *DStR*, 2018, p. 794.

210. Cfr. *BVerfG: Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer verfassungswidrig*, cit., p. 794.

211. Appartenenti ai c.d. "*alten Bundesländern*".

212. *BVerfG: Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer verfassungswidrig*, cit., p. 795.

213. Si fa riferimento all'*Ertragswertverfahren* e al *Sachwertverfahren*.

Non è certamente questa la sede opportuna, tuttavia pare sicuramente interessante operare un rinvio ad un articolo dottrinale il quale, nel commentare la sentenza del 9 mar-

non poteva che essere rapportata al momento in cui avvenne la più recente fissazione principale del valore unitario (*Hauptfeststellung*), corrispondente, lo si è visto, al 1.1.1964.

Pertanto, un immobile dotato di un valore piuttosto elevato non poteva (e tuttora, come si vedrà, non può) divenire oggetto di una rivalutazione coerente con il proprio valore di mercato, dal momento che la stessa valutazione impone di considerare l'immobile come se fosse fermo agli *standard* immobiliari del 1964[214].

Nell'ambito del procedimento che ha dato luogo all'ordinanza di rimessione 1 BvL 11/14, la parte aveva adito il *BFH* in ragione del rigetto, da parte del *Finanzgericht*, della domanda di opposizione alla valutazione, effettuata nel 2009, di un immobile di sua proprietà ereditato nel 2008: la valutazione in questione era stata effettuata sulla base del valore unitario statuito decenni prima in seguito al procedimento che aveva determinato l'individuazione del valore della rendita immobiliare: il ricorrente aveva statuito di adire il giudice in ragione del fatto che il valore applicato andava, di fatto, a violare il principio di uguaglianza[215].

Con riferimento al secondo giudizio principale che ha condotto alla redazione dell'ordinanza di rimessione 1 BvL 12/14, la parte interessata aveva adito il *BFH* poiché, nel giudizio di primo grado, svoltosi dinnanzi al *Finanzgericht*, aveva, senza successo, impugnato la determinazione del valore unitario dell'immobile di sua proprietà situato nella parte Ovest di Berlino[216].

Il quadro fattuale del procedimento che ha condotto alla terza ordinanza di rimessione 1 BvL 1/15, si differenzia rispetto ai primi due[217].

Il ricorrente, beneficiario di un prestito sociale finalizzato alla costruzione di un edificio, in seguito adibito ad alloggi destinati all'affitto, era tenuto a pagare un canone annuo.

L'immobile era stato valutato nel 2008: tuttavia, il valore unitario, determinato sulla base dell'indice degli affitti risalente al 1964, era stato calcolato prescindendo dal finanziamento pubblico di cui era beneficiario il ricorrente: pertanto, quest'ultimo domandò al *Finanzgericht* la riduzione

zo 2004 – 2 BvL 17/02, ha ampiamente affrontato il tema relativo al dovere costituzionale della pubblica amministrazione di garantire l'esecuzione della legge tributaria in senso conforme al principio di uguaglianza. Si veda D. BIRK, *Das Gebot des gleichmässigen Steuervollzugs und dessen Sanktionierung. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9 März 2004 – 2 BvL 17/02*, in *FR*, 2004, p. 470.

214. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 38.

215. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 26.

216. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 27.

217. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 28.

del canone annuo da pagare, il cui ammontare risultava eccessivo, evidentemente, in considerazione della mancata inclusione, nel procedimento di determinazione del valore unitario dell'edificio, degli elementi di fatto sopravvenuti al 1964[218].

Di fatto, il *BFH* dubitava della legittimità costituzionale della distorsione di valore di unità economiche di per sé comparabili[219].

Con riferimento ai ricorsi individuali, gli autori delle due *Verfassungsbeschwerden*, corrispondenti a proprietari di immobili edificati e ubicati nella parte ovest della Germania, avevano impugnato dinnanzi al *BFH* il valore unitario statuito nei confronti delle loro proprietà, e ciò in ragione dell'applicazione da parte dell'amministrazione delle censurate disposizioni di cui al *BewG*, basandosi quest'ultimo, come lamentato dai ricorrenti, su una procedura di determinazione del valore non più compatibile con l'art. 3, comma 1, della Costituzione; pertanto, la violazione del principio di uguaglianza era determinato dall'imposizione della tassa sugli immobili operata secondo le disposizioni "attuali" del *BewG*[220], foriere di "distorsioni di valore contrarie al principio di uguaglianza" in particolar luogo tra tipologie immobiliari simili, dando così luogo alla perdita, da parte dei suddetti valori, di qualsiasi legame con la realtà[221].

A fronte dell'ulteriore rigetto della domanda, i *Beschwerdeführer* hanno fatto ricorso al *BVerfG* impugnando le decisioni ad essi sfavorevoli.

Ciò detto, si consideri che la determinazione del valore unitario ha interessato diversi archi temporali rispetto ai quali rilevano quattro annualità: il 2002[222], il 2006, il 2008 e il 2009.

In primo luogo, il *BVerfG* dichiara ammissibili le tre questioni di legittimità costituzionale sollevate dal *BFH*.

Il *BVerfG*, dopo avere affermato la sussistenza del requisito della rilevanza[223] – la quale, nel caso di violazione del principio di uguaglianza, sussiste solamente nel caso in cui la parte del processo principale sia lesa nei

218. Si veda R. HALACINSKY, *50 Jahre Einheitswerte 1964 – Bewertung des Grundbesitzes in den alten Ländern*, in *DStR*-Beihefter 2014, p. 141.

219. In questo senso R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BverG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., p. 1488, il quale ha operato un'esaustiva ricostruzione del caso giurisprudenziale in esame.

220. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 49.

221. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 52.

222. Come si vedrà nel proseguo del presente lavoro, il 2002 costituisce l'anno a partire dal quale il *BVerfG* ha fatto discendere l'incostituzionalità delle norme oggetto.

223. La c.d. *Entscheidungserheblichkeit*, la quale sussiste quando "il giudice deciderebbe nell'ambito del giudizio principale diversamente a seconda che sia data l'invalidità della norma o la validità della stessa", cfr. HILLGRUBER H., GOOS C., *Verfassungsprozessrecht*, C. F. Müller, München, 2015, p. 249.

suoi diritti in ragione del trattamento diseguale subito[224] e qualora da parte del giudice vi sia la "convinzione dell'incostituzionalità della norma"[225] – ha affermato che "alla rilevanza della questione non si oppone il fatto che in caso di violazione delle disposizioni costituzionali vi sia la possibilità che venga dichiarata, da parte del *Bundesverfassungsgericht* soltanto l'incompatibilità della norma con la Costituzione, oltre che, ove possibile, anche la diposizione della validità della stessa norma"[226].

Il *BVerfG* ha precisato che la *Fortgeltung* non si oppone alla *ratio* della rilevanza; tale passaggio è importante se si considera che la *Fortgeltungsanordnung* suggerisce, di norma, l'efficacia esclusivamente *pro futuro* della riforma della norma incostituzionale.

Chi scrive sostiene che alla base di una simile "precisazione" vi possa essere il timore di una vera e propria delegittimazione della prassi giurisprudenziale che si fonda sulla mera dichiarazione di incompatibilità della norma censurata e, *a fortiori*, della disposizione della *Fortgeltungsanordnung.*

Di fatto, tale affermazione, apparentemente "forzata", pertanto, pare svolgere una funzione "costituzionalizzatrice" della *Fortgeltungsanordnung.*

Il Tribunale costituzionale federale accoglie la questione di legittimità costituzionale sollevata dalle tre ordinanze di rimessione del *BFH* dichiarando l'illegittimità costituzionale delle disparità di trattamento verificatesi in violazione dell'art. 3 I *GG*[227], dal momento che la tassa in questione veniva rapportata a valori unitari eccessivamente risalenti nel tempo.

Inoltre, dichiara altresì ammissibili i due ricorsi individuali, affermando che "le notifiche di pagamento e le decisioni dei Tribunali violano i ricorrenti nel loro diritto di cui all'art. 3 I *GG*", e ciò in ragione del fatto che "il procedimento di valutazione dei beni coinvolti non era più compatibile con l'art. 3 I *GG*"[228].

L'illegittimità costituzionale della norma oggetto consegue, di fatto, all'inerzia del legislatore, il quale non aveva provveduto ad aggiornare il

224. Così l'attenta dottrina di C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 249.

225. La c.d. "*richterliche Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des anzuwendenden Gesetzes*"; si veda K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 129-138.

226. Cfr. Decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 79.

227. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 92.

228. *BVerfG: Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer verfassungswidrig*, cit., p. 806.

valore unitario del tributo *de qua* sulla base dell'identificazione del valore effettivo di riferimento, la c.d. *Hauptfeststellung*[229].

La determinazione di tale cifra dovrebbe avvenire, ai sensi dell'art. 21, comma 1 del *BewG*, regolarmente ogni sei anni; ciò in quanto la c.d. *Hauptfeststellung* costituisce, in virtù della sua intrinseca natura periodica, una "pietra miliare fondamentale di carattere sistematico"[230]. Lo scopo individuato dalla normativa coincide con l'identificazione di un'entità valoriale che sia il più possibile vicino al valore corrente del terreno[231], in modo tale da evitare che si inverino distorsioni valoriali di carattere sistematico e di natura progressiva con riferimento ai terreni edificati e quelli non edificati[232].

La *ratio* è evidente: la modifica delle eventuali circostanze di fatto che interessano i terreni costituisce un elemento che deve essere inserito nella valutazione degli stessi al momento della determinazione del valore unitario[233].

In caso contrario, fattori di rilevanza economica quali "l'efficienza energetica, attrezzature per l'energia solare e il riscaldamento […] bagni e cucine di lusso" non potrebbero rientrare nel processo di valutazione del bene in quanto "50 anni fa non erano in alcun modo conosciuti"[234].

Ha affermato il *BVerfG*, "il fatto che il legislatore si sia attenuto al *Hauptfeststellungszeitpunkt* del 1964 ha portato a gravi disparità di trattamento […] nella valutazione dei beni immobili, rispetto alle quali non vi è un'adeguata giustificazione"[235].

Il Tribunale costituzionale federale, nel redigere la complessa decisione, si rende autore di una sorta di trattato[236] del significato che assume il

229. Rispetto al tema dell'obbligo *permanente* del legislatore a vigilare sulla costituzionalità della legislazione si veda R. STETTNER, *Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneuten Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose*, in *DVBl*, 1982, pp. 1123 ss.

230. Così si esprime R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BverG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., p. 1489.

231. Cfr. *BVerfG: Die Einheitsbewertung zur Bemessung der Grundsteuer ist verfassungswidrig*, Redaktion FD-MietR, 2018.

Si consideri che il valore corrente costituisce "il punto di riferimento rispetto al quale i risultati dell'attribuzione del valore unitario possono essere calcolati per il giudizio relativo ad una pressione fiscale conforme al principio di uguaglianza", così U. EVERSLOH, *Die Woche im Steuerrecht*, cit., p. 852.

232. Sul punto si esprime con estrema chiarezza R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BverG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., p. 1489.

233. In questo senso R. HALACINSKY, *50 Jahre Einheitswerte 1964 – Bewertung des Grundbesitzes in den alten Ländern*, cit., p. 141.

234. Si veda R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BverG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., 1489.

235. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 92.

236. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 96-Rn. 98.

principio di uguaglianza in ambito tributario[237], affermando che "i principi che si sono sviluppati nell'ambito della giurisprudenza del *BVerfG* rispetto all'applicazione del generale principio di uguaglianza nel diritto tributario richiedono una strutturazione della misurazione del valore che sia coerente con il principio di uguaglianza anche sul piano dell'individuazione delle basi inerenti la tassazione"[238].

Dopo avere specificato che il principio di uguaglianza impone di trattare situazioni eguali in modo eguale e situazioni diseguali in modo diseguale, il *BVerfG* afferma che, in base all'art. 3 I *GG*, in generale la base di misurazione di un tributo deve essere strutturata in modo tale da risultare rispettosa del principio di uguaglianza, soprattutto nei casi in cui il tributo venga imposto sulla base di un'aliquota unitaria[239], in modo tale da evitare di giungere alla necessità di correggere, *ex post*, nel corso dell'imposizione fiscale, le disuguaglianze createsi proprio in ragione del deficit insito nella misurazione del valore della proprietà.

In caso contrario, quindi, la scelta discrezionale del legislatore assume, come di fatto è accaduto, connotati pacificamente irragionevoli[240].

Il Tribunale costituzionale afferma più volte la rilevanza dello spazio discrezionale di cui gode il legislatore "nella scelta del valore di misurazione e nella strutturazione delle regole funzionali alla sua individuazione"[241]; il limite in questione è rappresentato da quanto desumibile dal principio di uguaglianza, ovvero dalla strutturazione di un valore unitario apprezzabile alla luce dello stesso art. 3 I *GG*.

Peraltro, il *BVerfG* sembra rafforzare il proprio impianto argomentativo ragionando nel senso che "il fatto che una disparità di trattamento relativa

237. Sul punto si rimanda a F. SCHOCH, *Der Gleicheitssatz*, in *DVBl*, 1988, pp. 881-882.

238. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 93.

239. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 97.

240. L'impianto argomentativo del *BVerfG* presenta forti analogie con la nota sent. cost. n. 3 del 1957, laddove la Corte costituzionale ha affermato, rispetto al principio di uguaglianza, che: "questo principio non va inteso nel senso, che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni che esso ritiene diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale. Ma lo stesso principio deve assicurare ad ognuno eguaglianza di trattamento, quando eguali siano le condizioni soggettive ed oggettive alle quali le norme giuridiche si riferiscono per la loro applicazione. La valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da regolare non può essere riservata alla discrezionalità del legislatore, salva l'osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma del citato art. 3".

Di fatto, il principio di uguaglianza, se calato nella materia tributaristica, esige che vi sia, per l'appunto, coerenza interna alla legge tributaria. Sul punto, cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Utet Giuridica, Torino, 2012, p. 76.

241. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 98.

ad una legge tributaria non possa essere rimossa senza che vi siano oneri fiscali di poco significato, non può condurre a tollerare una situazione di per sé incostituzionale"[242].

La conseguenza derivante da una simile significativa distorsione di valore non inciderebbe solamente su casi isolati, né riguarda nello specifico un gruppo di persone ben individuato, ma inerisce "tendenzialmente tutto il territorio"[243].

Ancora, l'irragionevole disparità di trattamento rispetto alla pressione fiscale non è giustificabile, secondo il *BVerfG*, sulla base dell'opportunità di evitare rilevanti spese amministrative e sulla base di ragioni improntate alla tipizzazione e alla forfettizzazione[244]; essa non è ammissibile nemmeno con riferimento all'esigenza di determinare una pressione fiscale di minore entità.

Nel dichiarare l'incompatibilità dei § 19, 20, 21, 22, 23, 27, 76 Abs. 1, § 79 Abs. 5, § 93 Abs. 1 Satz 2 del *BewG* a partire dal 2002, anno in cui avvenne la prima valutazione del bene tra quelle effettuate, rispettivamente, con riferimento alle tre questioni di legittimità sollevate e all'altra *Verfassungsbeschwerde*, viene affermata l'opportunità della mera dichiarazione di incompatibilità alla luce del principio, adottato in via pretoria, per cui la sola declaratoria di incompatibilità di una legge è "di norma prevista qualora il legislatore abbia più possibilità per rimediare al vizio di illegittimità costituzionale. Ciò accade di fatto nel caso in cui vi siano violazioni del principio di uguaglianza. Qualora il Bundesverfassungsgericht accerti l'incompatibilità di una norma con l'art. 3 Abs. 1 GG, la conseguenza è di regola quella della nascita dell'obbligo in capo al legislatore, con effetto retroattivo rispetto al termine statuito dal Giudice, di rimediare all'incostituzionalità"[245].

Ebbene, l'affermazione di principio appena enunciata permette di avvicinare le decisioni di incompatibilità alle decisioni di nullità, stante il chiaro riferimento all'efficacia retroattiva, seppur fortemente condizionata alla discrezionalità dello stesso Giudice delle leggi.

Il *BVerfG* continua nel senso che "per ciò il Bundesverfassungsgericht può anche prevedere, nei confronti del legislatore, un Frist (cfr. BVerfGE 117,1 <70>).

242. *BVerfG: Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer verfassungswidrig*, cit., p. 803.

243. *BVerfG: Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer verfassungswidrig*, cit., p. 802.

244. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 62.

245. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 165.

Nel caso in cui non venga disposta, come nel caso di specie, al contempo una Fortgeltungsanordnung, i giudici e le autorità amministrative non possono più fare applicazione della norma con riferimento all'incostituzionalità accertata, e i procedimenti in corso devono essere sospesi (cfr. BVerfGE 138, 136 <249 Rn. 286> m.w.N.; 139, 285 <316 Rn. 88>)"[246].

Il *BVerfG*, inoltre, si prodiga nell'elencazione delle possibili riforme effettuabili dal legislatore, ovvero quella di "sanare le disposizioni relative alla Einheitsbewertung" e la "completa riformulazione" delle disposizioni riferibili alla Grundsteuer, seguendo ciò all'accertamento dell'incostituzionalità[247].

Il passaggio successivo rileva in quanto il *BVerfG* esplicita, seppur indirettamente, la circostanza per cui l'incostituzionalità delle disposizioni censurate era, di fatto, prevedibile, e ciò alla luce degli svariati tentativi di riforma che hanno interessato la valutazione dei terreni[248].

Tale circostanza è aggravata dal fatto che i procedimenti attraverso i quali si è proceduto all'attribuzione di valore dei beni a partire dall'anno 1964 si sono svolti in totale discordanza rispetto ai principi (analoghi) che il *BVerfG* aveva già individuato con riferimento alla sentenza sull'*Erbschaftsteuer* del 2006.

Alla base dell'omessa riforma della *Grundsteuer*[249] vi sono diverse ragioni: l'incertezza relativa alle entrate fiscali delle comunità locali, la dubbia modifica del tributo su base federale nonostante quest'ultimo fosse livellato sui singoli *Länder* e, ancora, l'impossibilità di prevedere gli effetti pratici sul bilancio degli stessi[250].

Al punto III della lettera D il *BVerfG* specifica, attraverso il riferimento alla *Fortgeltungsanordnung*, l'efficacia temporale della declaratoria di incompatibilità, affermando che "*la valenza continua delle norme relative alla* Einheitsbewertung*, le quali sono state accertate essere incostituzionali, interessa i valori unitari statuiti nel passato e quelli su cui si basa l'imposizione della* Grundsteuer"[251].

In seguito, il Tribunale costituzionale esplicita le ragioni della mancata eliminazione delle disposizioni incostituzionali, ovverosia "l'enorme carico amministrativo che, molto probabilmente, deriverebbe dalla liquidazione retrospettiva di casi ancora aperti"[252].

246. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 165.
247. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 166
248. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 167.
249. I tentativi risalgono agli anni ottanta.
250. Sul punto si veda, per una trattazione più completa, W. SCHEFFLER, *Verfassungswidrigkeit der Grundsteuer – wie könnte eine Lösung aussehen?*, cit.
251. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 171.
252. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 171.

Si legge inoltre che "il fatto di tollerare l'imposizione fiscale che si basa sulle disposizioni incostituzionali di cui si è trattato è da accettare […] per coloro i quali siano interessati dalla dichiarazione di incostituzionalità[253] anche per questa ragione, ovvero che la pressione fiscale […] è "sempre" stata prevista, e per questo motivo i proprietari terrieri che la ritenevano prevedibile la ritengono tuttora tale"[254].

La *Fortgeltungsanordnung* viene dunque giustificata non più alla luce di ragioni di natura costituzionale, come la tutela del bilancio o del buon andamento dell'amministrazione, ma alla luce di un comportamento, quello del pagamento del tributo, reiteratosi nel tempo[255].

L'applicabilità della norma incostituzionale viene quindi, in parte, legittimata alla luce della prassi concreta e di quello che si è verificato nel tempo, nello specifico a partire dal 1964: l'applicazione, appunto, del tributo.

Quanto affermato dal Tribunale Federale suscita ampie perplessità, dal momento che se è già difficilmente giustificabile, da un punto di vista costituzionalistico, l'applicazione del principio per cui "chi ha dato ha dato" sulla base di un previo bilanciamento di valori, risulta ancora più difficile – se non impossibile – motivare il prolungamento della validità di una norma tributaria in ragione dell'auspicabilità – da parte dei soggetti sottoposti alla pressione fiscale – della stessa reiterazione, e ciò solo in quanto "chi ha dato" non potrebbe che aspettarsi, quasi per consuetudine, di "dare ancora".

Quello che colpisce, peraltro, consiste nel fatto che nel testo della sentenza non vi è alcun riferimento a decisioni in cui sia stato sviluppato, in favore della *Fortgeltungsanordnung*, una simile argomentazione.

Inoltre, le ragioni volte a salvaguardare il bilancio, come si è visto, sarebbero bastate, di per sé, a porre le basi per l'ordine di applicazione, e ciò in ragione dell'importanza fiscale che assume la *Grundsteuer*[256]; non si capisce quindi come mai il *BVerfG* abbia scelto tale impianto argomentativo.

253. Il *BVerfG* fa riferimento al termine "Betroffene", ovvero, letteralmente, coloro i quali sono "colpiti" dalla norma.

254. Si noti: il passaggio appena menzionato sembra muoversi nella direzione della rilevanza di un "bietto pragmatismo" rispetto alle conseguenze derivanti dall'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità.

255. Pare interessante segnalare, in questa occasione, le "ragioni pratiche" cui ha fatto riferimento l'autorevole dottrina di Costanzo, corrispondenti a "motivi di opportunità", in P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, in "La giustizia costituzionale a una svolta", cit., p. 77.

256. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 173.

A guardar bene, forse la ragione si nasconde dietro alla struttura *bifasica* del *Frist*: la previsione di due termini intervallati dalla pubblicazione della legge costituzionale è a tal punto eccezionale, che il *BVerfG* ha, forse, preferito appellarsi ad elementi e riferimenti del tutto estranei al tessuto giuridico e "scendere" in campo scevro da formule giuridiche che potrebbero, *ictu oculi*, apparire eccessivamente formali o incomprensibili, così da imporre *a fortiori* il proprio potere decisionale.

Due passaggi dopo, il *BVerfG* chiarisce l'opportunità di disporre la applicazione ulteriore (*weitere Anwendbarkeit*) per il futuro prossimo in quanto in caso contrario, "vi sarebbe il serio rischio che molte comunità[257], senza le entrate derivanti dalla GrSt, incontrino seri problemi di bilancio"[258].

Si chiarisce che la *Grundsteuer* ha un ruolo finanziario notevole con riferimento ai Comuni[259], spingendosi ad affermare che "se non fosse stata disposta la Fortgeltung, non potrebbero più essere emesse le notifiche contenenti il valore unitario"[260] e, pertanto, "l'inapplicabilità delle disposizioni relative alla valutazione avrebbe come conseguenza quella di interessare tutto l'ambito cui inerisce la tassa sui terreni"[261] e quindi non solamente i terreni appartenenti ai "vecchi *Länder*", ma anche quelli appartenenti ai "nuovi *Länder*". La previsione dell'imposizione di una tassa soltanto con riferimento ai terreni edificati situati in alcuni *Länder*, e non nei confronti di tutti quanti i *Länder* del *Bund*[262], non sarebbe infatti compatibile con l'art. 3 I *GG*.

Il passaggio successivo ripercorre le criticità evidenziate poco sopra, dal momento che il *BVerfG* afferma che "la Fortgeltungsanordnung dotata

257. Si consideri che è stato addirittura affermato che l'eliminazione della *Grundsteuer* con effetto retroattivo avrebbe "inferto un colpo mortale alle finanze dei comuni", in D. KLEIN, Das *BVerfG kippt ein steuerliches Fossil*, cit.

258. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 173.

259. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 174.

Il *BVerfG* afferma, inoltre, che le entrate derivanti dalla pressione fiscale in esame si aggirano intorno ai 13-14 miliardi di euro. Come è facile notare, nel caso di specie sembra che il Tribunale costituzionale abbia attivato i propri poteri istruttori o comunque di indagine al fine di vagliare la rilevanza economica della tassa sui terreni.

Nonostante spesso i calcoli economici, come si è visto, non siano effettuati con precisione, è comunque lodevole il fatto che il Tribunale costituzionale abbia messo sul tavolo alcuni dati al fine di spiegare le ragioni della propria scelta decisionale, al contrario di quanto avviene, invece, nel sistema di giustizia costituzionale italiano. Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., p. 33.

260. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 174.

261. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 174.

262. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 174.

di un'efficacia pro futuro è del resto tollerabile per i debitori della tassa sui terreni per gli stessi motivi (si veda 2) riferibili alla Fortgeltungsanordnung avente efficacia retroattiva".

Pertanto, il prolungamento della validità e dell'efficacia di più disposizioni, fondato su ragioni difficilmente qualificabili[263], non solo esplica la propria efficacia nei confronti del passato, ma anche nei confronti del futuro.

Un futuro tuttavia che è stato limitato al 31 dicembre 2019 e non ulteriormente prorogabile: il Tribunale costituzionale afferma infatti che, "in caso di inottemperanza da parte del Parlamento, non vi è giustificazione alcuna per la disposizione della Fortgeltung delle regole sulla valutazione del valore unitario senza alcun termine […] oltre il giorno 31 dicembre 2019 e fino all'individuazione di una nuova normativa da parte del legislatore", e ciò per la durata già eccessiva dell'incompatibilità delle stesse disposizioni[264].

Infatti, al Rn. 177 e al Rn. 178 il *BVerfG* esplicita la seconda fase dell'"amministrazione" temporale della *Fortgeltungsanordnung* delle norme dichiarate incompatibili, ossia il c.d. "secondo passo", volutamente confinato entro un termine preciso.

Dunque si assiste all'affermazione per cui le disposizioni incompatibili con l'art. 3 I *GG* sono applicabili "non appena il legislatore abbia individuato una normativa conforme a Costituzione, per altri cinque anni in seguito alla pubblicazione della stessa normativa, al massimo tuttavia fino al 31 dicembre 2024"[265].

Tanto chiarito, come giustifica il Giudice delle leggi una simile prevaricazione della suddivisione dei poteri?

La risposta, secondo il *BVerfG*, consiste nell'eccezione rappresentata dalle disposizioni dichiarate incostituzionali; la stessa eccezionalità andrebbe a giustificare l'apposizione del secondo *Frist*, e pertanto la "doppia" efficacia *ex nunc* della *Unvereinbarkeitserklärung*, con ciò stesso andando ad accorciare con ancora più vigore la "tutela dei diritti individuali"[266].

A corroborare il doppio *Frist*, il Giudice delle leggi utilizza dati economici.

263. Anche volendo, sarebbe difficile chiamare in causa, nel caso di specie, la categoria della certezza del diritto, dal momento che essa non può consistere nella mera reiterata prassi del pagamento di una tassa.

264. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 176.

265. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 177.

266. In senso critico si pone quindi R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BVerG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., p. 1490.

È da notare, però, che i riferimenti numerici menzionati risalgono al 2016, anno in cui fu proposto da due *Länder* la riforma del *BewG*; quest'ultima, se applicata, avrebbe determinato una spesa corrispondente a 35 milioni; nessun dato numerico viene reso noto con riferimento al procedimento in corso, tuttavia gli oneri che deriverebbero dalla subitanea applicazione della riforma cui il legislatore è tenuto entro il 2019 sono ritenuti piuttosto pesanti: "nel presente processo il governo del Bund e diversi pareri [...] hanno infatti evidenziato e motivato la spesa connessa all'implementazione della rivalutazione soprattutto rispetto alla prospettiva temporale"[267].

Si consideri, a margine, che nel 2016 fu proposto un modello di riforma della *Grundsteuer* da parte dei *Länderfinanzminister*, il quale tuttavia[268] fu accantonato e quindi sacrificato anche in ragione della discontinuità dell'*iter* compiuto dal *Bundestag*[269].

Tuttavia, già nel 2016 era chiaro che il *BVerfG* avrebbe potuto verosimilmente dichiarare l'incostituzionalità della tassa sui terreni così implicando l'assenza di entrate corrispondenti a 13 miliardi di euro l'anno, stante la sollevazione di più questioni di legittimità costituzionale del *BewG* da parte del *BFH* in ragione dell'asserita violazione, appunto, dell'art. 3 I *GG*[270].

L'attuazione delle disposizioni relative alla valutazione necessitava, quindi, di ulteriori cinque anni; in caso contrario vi sarebbero seri problemi legati al bilancio.

Nel frattempo, afferma il *BVerfG*, il *Bund* e i *Länder* possono anche assicurare che sussista la predisposizione dell'implementazione della nuova normativa "sul piano tributaristico entro il termine di cinque anni"[271].

Ha affermato la dottrina che "i grossi comuni possono sfruttare tale arco temporale al fine di ponderare realisticamente, attraverso calcoli, le conseguenze fiscali di un cambio di paradigma rispetto alla tassa applicabile al valore del terreno"[272].

Si consideri che, nel caso di specie, ragioni di tipo squisitamente economico[273] hanno imposto, tramite la disposizione della "duplice" *Fortgel-*

267. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 178.

268. Si veda in questo senso D. LÖHR, *Beschlussmodell der Landerfinanzminister zur Grundsteuerreform: Der große Wurf?*, in *DStR*, 2016, p. 1497.

269. *BVerfG: Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer verfassungswidrig*, cit., p. 794.

270. Così D. LÖHR, *Beschlussmodell der Landerfinanzminister zur Grundsteuerreform: Der große Wurf?*, cit., p. 1497.

271. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14, del 10 aprile 2018, Rn. 178.

272. In tal senso si esprime R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BverG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., p. 1494.

273. Si rinvia a Häberle quanto alla possibilità di qualificare l'interesse fiscale nel senso di un interesse pubblico, in P. HÄBERLE, *"Gemeinwohljudikatur" und Bundesverfas-*

tungsanordnung, il sacrificio dell'elemento (prezioso) della "responsabilizzazione" del legislatore: non a caso l'impianto decisionale della sentenza in esame non potrebbe incontrare il plauso della dottrina di Roth, tutta improntata alla necessità di restringere il potere del *BVerfG* nel porre in essere le *Übergangsregelungen* a quei casi in cui, lo si è visto, le conseguenze derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità siano di natura eccezionale e non prevedibile.

Lo stesso *BVerfG* afferma, lo si è visto, l'omissione concretizzatasi con riferimento all'approvazione, nel corso del tempo, di una riforma della *Grundsteuer*[274].

Se è quindi possibile affermare che il rapporto di collaborazione tra *BVerfG* e giudici non pare soffrire di particolari problematiche quanto al "seguito", stante anche il forte attivismo "chiarificatore" del *BVerfG*[275], quello tra *BVerfG* e legislatore pare, talvolta, non concretizzarsi in una forma di collaborazione finalizzata alla tenuta generale dell'ordinamento giuridico, bensì in una forma di "supporto deresponsabilizzante" da parte del primo nei confronti del secondo.

Nonostante le conseguenze giuridiche derivanti da un simile ed *eccezionale* impianto decisionale possano suscitare critiche soprattutto con riferimento alla tutela dei diritti individuali (in prima battuta, si consideri il diritto di difesa), una tra le voci dottrinali più critiche rispetto alla previsione dell'efficacia *ex nunc* delle decisioni di incompatibilità ha comunque affermato di apprezzare, perlomeno, la limpidezza e la trasparenza con cui lo stesso Tribunale Federale ha statuito gli effetti la dichiarazione di incostituzionalità, e ciò a differenza di quanto accaduto, ad esempio, con riferimento alla sentenza del 2014 sulla *Erbschaftsteuer*[276]; ne sarebbe dimostrazione l'evidenza con cui il *BVerfG* ha affermato l'impossibilità di applicare ulteriormente le disposizioni dichiarate incostituzionali oltre il 31

sungsgericht. Offentliche Interessen, Wohl der Allgemeinheit in der Rechtsprechung des BVerfG, in *AÖR*, 1970, pp. 275-278.

274. Sulle recenti proposte in tema di riforma della *Grundsteuer* si rimanda a W. SCHEFFLER, M. ROITH, *Leitlinien für eine Reform der Grundsteuer*, in *ifst-Schrift*, 2018, p. 526.

275. Si è visto che il Tribunale costituzionale chiarisce, seppure non con continuità, quale sia il "destino" della norma dichiarata incompatibile.

276. Tale apprezamento è sostenuto da R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BVerG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., p. 1490; ci si potrebbe forse spingere ad affermare che la chiarezza nell'impianto argomentativo della sentenza in discorso trovi il proprio corrispettivo italiano nella sent. cost. n. 10 del 2015. Entrambe le sentenze infatti, pur presentando profili fortemente critici con riferimento alla tutela dei diritti individuali, motivano con precisione le ragioni alla base della modulazione degli effetti temporali.

dicembre 2019 qualora non vi sia l'auspicato (o, per meglio dire, doveroso) intervento legislativo[277].

Tuttavia, nonostante l'eventuale inerzia legislativa determini, stando a quanto dichiarato dal *BVerfG*, la sospensione dei procedimenti e la correlata *Anwendungssperre*[278], non vi è comunque specificazione alcuna rispetto allo *status* delle disposizioni dichiarate incompatibili a partire dall'arco temporale successivo al 31 dicembre 2019. Si consideri infatti, che in alcuni casi lo stesso *BVerfG* ha esplicitato, nel testo della sentenza, la sanzione della "nullità" in caso di inerzia legislativa e, quindi, nel caso in cui vi sia la decorrenza infruttuosa del *Frist*[279].

Le disposizioni in esame sono da considerarsi ulteriormente incompatibili o nulle?

E se fossero ancora incompatibili, allora la *Unvereinbarkeitserklärun*g integrata dall(e) *Fortgeltungsanordnungen* "degraderebbe" a "semplice" dichiarazione di incompatibilità pura?

Come esplicitato nel caso di specie dal *BVerfG*, la conseguenza certa è l'inapplicabilità della norma.

In effetti, pare che il rispetto della Costituzione e dello Stato di diritto non legittimino comunque l'ultrattività della norma incostituzionale anche in seguito allo spirare infruttuoso del termine[280].

Peraltro, i vantaggi derivanti dall'esclusione dell'automatica nullità delle disposizioni consistono nella possibilità, in seguito alla decorrenza del *Frist*[281], di potere comunque garantire la sollevazione di una questione di

277. R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BverG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., 1490. Una soluzione analoga è riscontrabile nella decisione sulla *Vermögensteuer (BVerfGE* 93, 121 <122>); una soluzione opposta invece è stata adottata con riferimento alla dichiarazione di incompatibilità dell'*Erbschaftsteuer* (*BVerfGE* 117, 1 <2>), dal momento che, se il legislatore fosse rimasto inerte, sarebbe comunque stata possibile l'applicazione della norma dichiarata incostituzionale.

278. Per un ragionamento intorno alle conseguenze derivanti dall'inosservanza a parte del legislatore del termine disposto dal *BVerfG* si veda M. FEICK, T. HENN, *Drohendes* Überschreiten *der vom BVerfG zur Neuregelung der Erbschaftsteuer gesetzten Frist zum 31 Dezember 2008: darf das alte Recht weiter angewandt werden?,* in *DStR*, 2008, p. 1905.

279. Cfr. *BVerfGE* 130, 240.

280. Si veda in questo senso M. FEICK, T. HENN, *Drohendes* Überschreiten *der vom BVerfG zur Neuregelung der Erbschaftsteuer gesetzten Frist zum 31 Dezember 2008: darf das alte Recht weiter angewandt werden?*, cit., 1909, i quali tuttavia hanno applicato il seguente ragionamento sulla decisione del 7.11.2006 (la nota decisione sul *Schenkung und Erbschaftsteuerrecht*).

281. Sull'inosservanza del *Frist* si veda A. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 164.

legittimità costituzionale in modo tale da "permettere l'adozione di una decisione chiarificatrice"[282].

In definitiva, ci può chiedere se la *Fortgeltungsanordnung* in questione sia stata adottata in un caso del tutto emergenziale, ovvero in un momento di pericolo per lo *status* del bilancio[283].

Nel caso di specie, non sembra che ci sarebbe stato un rischio grave per le finanze dello Stato, stando, perlomeno, a quanto affermato dal *BVerfG*, il quale ha fatto, al più, riferimento alla specificità della tassa dichiarata incostituzionale, certamente connotata dal peso economico che essa assume nel *Bund*.

Secondo la letteratura, un effetto retroattivo *ex-tunc* avrebbe avuto la conseguenza "che i debitori fiscali sarebbero stati esonerati dal pagamento a scapito dell'attuale bilancio statale e dei futuri contribuenti"[284].

Ciò chiarito, stante lo sfondo processuale del caso in esame, pare opportuno effettuare una riflessione sull'efficacia irretroattiva della *Unvereinbarkeiserklärung* alla luce della distinzione esistente tra la *konkrete Normenkontrolle*[285] e la *Verfassungsbeschwerde*.

Rispetto alla *Normenkontrolle*, che, nel caso di specie, interessa le tre questioni di legittimità costituzionale sollevate dal *BFH*, è possibile applicare, in via analogica, il ragionamento effettuato dal Giudice costituzionale italiano nella sent. cost. n. 10 del 2015, laddove, come noto, la rilevanza ha assunto un ruolo solamente in entrata.

Di fatto, il *BVerfG* ha preferito applicare, nella fase "in uscita" del giudizio costituzionale, il principio per cui "chi ha dato, ha dato".

Ciò determina sicuramente in capo alle parti dei giudizi principali una lesione del diritto di difesa.

Allo stesso modo, con riferimento alle due *Verfassungsbeschwerden*, si può disquisire della lesione del diritto dei ricorrenti individuali ad una restituzione dell'indebito.

282. Si veda M. FEICK, T. HENN, *Drohendes Überschreiten der vom BVerfG zur Neuregelung der Erbschaftsteuer gesetzten Frist zum 31 Dezember 2008: darf das alte Recht weiter angewandt werden?*, cit., p. 1909.

283. Unica ipotesi in cui, secondo la dottrina di Schwindt la *Weitergeltungsanordnung* può giustificarsi; in M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., p. 186.

284. Cfr. R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Besipiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, cit., pp. 288-289.

285. Per una riflessione intorno alla *konkrete Normenkontrolle* si veda K. STERN, *Das Bundesverfassungsgericht und die sog. konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Absatz 1 GG*, in *AÖR*, 1966, pp. 223-253.

Nello specifico, considerata l'irretroattività degli effetti della decisione, si potrebbe affermare che il singolo che abbia effettuato un ricorso diretto al Tribunale costituzionale sia leso nella sua specifica posizione di *Beschwerdeführer* nel contesto della *Verfassungsbeschwerde*, finalizzata alla tutela *immediata* della tutela dei diritti fondamentali.

Il *Beschwerdeführer* ha, di fatto, una posizione strutturalmente diversa da quella della parte del processo del giudice *a quo*.

Ci si potrebbe chiedere, pertanto, se l'irretroattività della decisione di incompatibilità incida diversamente a seconda della modalità di accesso al Tribunale costituzionale.

Dal momento che si è già ragionato sulle norme rilevanti con riferimento al controllo normativo operato dal *BVerfG*, si permetta di trattare sinteticamente delle conseguenze dell'adozione della decisione costituzionale sul *Beschwerdeführer*.

Le decisioni di accoglimento adottate nell'ambito dei ricorsi istituzionali sono regolate, quanto ai loro effetti, dal § 95 *BVerfGG*.

Esse possono avere come oggetto non solo le decisioni dei giudici ma anche, ai sensi degli §§ 90 I, 93 II, 94 IV, 95 III *BVerfGG*, le leggi, e accertano la sussistenza della violazione del diritto fondamentale da parte dell'atto o dell'omissione e possono determinare una caducazione dell'atto normativo o individuale[286]. La legge, come nel caso della *abstrakte* e della *konkrete Normenkontrolle*, può essere dichiarata nulla o, e ciò interessa maggiormente, incompatibile[287].

Infine, lo si è visto, la sentenza assume efficacia vincolante ai sensi del § 31 II *BVerfGG*[288].

In dottrina si è sostenuto che lo strumento della *Verfassungsbeschwerde*, insieme a quello dell'*amparo* spagnolo, serve "a mettere in primo piano l'esigenza di tutela delle posizioni soggettive del singolo, tutela alla quale consegue l'eliminazione della legge (o dell'atto) incostituzionale. Nel nostro ordinamento, vale normalmente il contrario: la tutela delle posizioni sog-

286. Si veda J. LUTHER, *La Verfassungsbeschwerde: mito o meta?*, in (a cura di A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi), "Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale" (Atti del seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999), Giappichelli, Torino, 2000, p. 538.

287. Ancora, ai sensi del § 35 della legge istitutiva del *BVerfG* è attribuita, come si è visto, al Giudice costituzionale la possibilità di adottare una disciplina transitoria, al fine, come ha sostenuto la dottrina, di "colmare il vuoto creato da una decisione di nullità di una legge", in J. LUTHER, *La Verfassungsbeschwerde: mito o meta?*, cit., p. 539.

288. Così K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, cit., p. 313.

gettive lese della legge incostituzionale consegue, come effetto secondario, all'eliminazione della legge incostituzionale"[289].

Altra dottrina ha posto in evidenza che il Giudice delle leggi che si avvicina al legislatore, ovvero quello che giudica a fronte dell'"autonomia del giudizio costituzionale da quello comune", impone di qualificare lo stesso Giudice "come garante della costituzionalità dell'ordinamento, attraverso l'eliminazione di leggi incostituzionali"[290].

Nonostante il *BVerfG* possa assumere diversi volti a seconda della modalità di accesso scelta dal singolo, e nonostante la *ratio* del ricorso diretto presenti, di fatto, delle evidenti differenze rispetto a quello indiretto, occorre comunque mettere in evidenza che, a fronte della modulazione degli effetti temporali delle decisioni, la lesione subita dalle parti non conosce differenze.

Se è vero infatti, che i sistemi di giustizia costituzionale contraddistinti dall'*incidentalità* presentano rilevanti problematiche con riferimento alla recisione del nesso di incidentalità per effetto dell'efficacia *pro futuro*, è altrettanto vero che anche con riferimento ad uno tra i più rilevanti sistemi di accesso al Tribunale costituzionale, la *Verfassungsbeschwerde*, l'esclusione dell'effetto retroattivo incide notevolmente sulla tutela effettiva dei diritti dei singoli[291].

I requisiti di accesso al giudizio della *Verfassungsbeschwerde*, pur divergendo *strutturalmente* dal meccanismo tipico dell'incidentalità, spingono comunque nella direzione dell'efficacia retroattiva della decisione adottata dal *Bundesverfassungsgericht*.

La *ratio* di fondo, sulla quale è possibile e doveroso discutere al fine di indagare sulle possibili soluzioni di compromesso tra la tutela dell'ordinamento e tutela dell'individuo, è sempre la medesima: ci si potrebbe chiedere, infatti, se non è possibile ottenere alcun tipo di beneficio dalla *Verfassungsgerichtsbarkeit*, che senso abbia, allora, il Tribunale costituzionale[292].

289. Si veda G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., p. 95.

290. In tal senso R. ROMBOLI, *Ampliamento dell'accesso alla Corte costituzionale e introduzione di un ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali*, in *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, (a cura di) A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi, Atti del seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999, Giappichelli, Torino, 2000, p. 632.

291. Ci si riferisce, in particolare, alla *Beschwerdefähigkeit* di cui al § 90 Abs. 1 *BVerfGG* e al *Beschwerdebefugnis* di cui all'art. 93 Abs. 1 Nr 4° del *GG*, § 90 Abs. 1 del *BVerfGG*; quest'ultimo costituisce un vero e proprio criterio di ammissibilità finalizzato alla preclusione del ricorso popolare. Si rimanda, per un maggiore approfondimento sul profilo esaminato, a C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., 2015, 76. Per ragioni di spazio non si effettuerà una descrizione della *Individualbeschwerde*; si permetta quindi di rinviare ancora a C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., pp. 36-134.

292. Si veda anche la tesi di Morelli in merito alla contraddizione tra modulazione degli effetti nel tempo e giudizio in via incidentale. Cfr. M. MORELLI, *La sentenza n. 50*

5.3. *La "ribellione" del giudice* a quo *a fronte del differimento dell'efficacia retroattiva contraddistinto dalla clausola di irretroattività. Il seguito della sent. n. 10 del 2015*

La sent. n. 10 del 2015, dotata della mera efficacia *ex nunc*, ha aperto la strada ad una ribellione[293] che poteva essere chiaramente prevista dal Giudice costituzionale[294].

A fronte dell'adozione della sent. n. 10 del 2015 il giudice *a quo*, come noto, si è opposto all'azzeramento dell'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità e ha ritenuto di disapplicare la norma dichiarata incostituzionale nel proprio procedimento, in tal modo fornendo un'interpretazione "classica" o, se si vuole, "tipica" del requisito della rilevanza[295]: il risultato finale è stato quello di avere concesso al contribuente il rimborso dell'imposta pagata in ragione della disciplina incostituzionale[296].

In particolare la Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia ha affermato, dissociandosi dal *dictum* "costituente" della Corte costituzionale, che "la non applicabilità della norma dichiarata illegittima nel giudizio a quo è consustanziale al tipo di giudizio di costituzionalità voluto dal nostro ordinamento costituzionale: cancellare questa consustanzialità significa modificare il tipo di giudizio di legittimità di cui sopra bypassando il necessario intervento del Legislatore Costituzionale; in conclusione, sia per la letteralità del dispositivo, che nulla specifica in

del febbraio 1989 e l'accertamento del nuovo modello decisorio di declaratoria di incostituzionalità "sopravvenuta", in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., pp. 417-418.

293. Sulle diverse sfumature che può acquisire il discostamento dei giudici rispetto alle pronunce della Corte costituzionale si veda R. G. RODIO, *Il seguito della sentenza n. 10/2015: verso il giudice a quo quale giudice d'appello (di fatto) sulle decisioni della Corte?*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2015. Si veda anche sul punto L. GENINATTI SATÈ, *La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza costituzionale n. 10/2015*, cit., pp. 95 ss.

294. Sul rapporto tra dispositivo ed effetti della decisione si veda A. PIZZORUSSO, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, cit., p. 353 ss. Sul punto cfr. quanto aveva già ipotizzato M. D'AMICO, *La Corte costituzionale (nel giudizio* a quo*) della legge dichiarata incostituzionale*, cit., p. 3.

295. Per un commento esaustivo della decisione del giudice *a quo* si veda M. SICA, *Graduazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità costituzionale e garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale nella sentenza sulla c.d. Robin Hood Tax*, cit., pp. 231 ss.

296. Cfr. G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, p. 384.

ordine ad una difforme modalità di applicazione della sentenza, [...] la norma dichiarata illegittima non può risultare applicabile nel presente giudizio"[297].

Il giudice *a quo* ha scelto quindi di accordare la prevalenza all'art. 30 della l. n. 97 del 1953 piuttosto che al divieto di violazione del giudicato costituzionale ex art. 137 Cost[298].

E, in effetti, la scelta effettuata dalla Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia è del tutto coerente con quanto era è stato lucidamente affermato da Onida: l'ultima parola spetta sempre ai giudici, a coloro che "provvedono all'applicazione della legge nei casi concreti"[299].

Tre sono gli elementi su cui il giudice *a quo* ha fondato la propria "ribellione": la letteralità del dispositivo, la motivazione viziata da illegittimità costituzionale e l'assenza di una norma che permetta alla Corte di modulare nel tempo gli effetti delle proprie decisioni[300].

La decisione "eversiva" della Commissione Tributaria provinciale di Reggio Emilia non rappresenta un caso isolato.

Occorre considerare, infatti, che anche la Commissione Tributaria regionale per il Piemonte ha seguito le orme del giudice *a quo*, così come la Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia[301].

297. Cfr. la pronuncia della Commissione Tributaria di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15.

Il giudice *a quo* ha quindi fatto leva in particolar modo sulla discrasia sussistente tra la parte motiva e il dispositivo della sentenza. Si veda A. MORELLI, *Principio di totalità e "illegittimità della motivazione": il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. trib. prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15)*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 484 ss. Ancora, sul punto si veda R. G. RODIO, *Il seguito della sentenza n. 10/2015: verso il* giudice a quo *quale giudice d'appello (di fatto) sulle decisioni della Corte?*, cit., pp. 1 ss.

298. Cfr. Sul punto M. LIGUORI, *I postumi della sentenza 10 del 2015 nei giudizi di merito: questioni di prospettive*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2016, p. 3.

299. Cfr. V. ONIDA, *Considerazioni sul tema*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 187. Per questa ragione risulta fondamentale un'analisi intorno alle sentenze c.d. miste, le quali si caratterizzano per il fatto che "dalla struttura della motivazione e del dispositivo non si possono inferire determinati effetti che siano realmente coerenti con quelli che dovrebbero astrattamente presentare quello specifico tipo di decisione". Così E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del* decisum *come fattore di decisione nelle pronunce*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 419.

300. M. LIGUORI, *I postumi della sentenza 10/2015 nei giudizi di merito: questioni di prospettive*, cit., p. 7.

301. Per un commento alla pronuncia si veda A. VOZZA, S. BIELLI, *Rimborso della Robin Tax: la norma incostituzionale non si applica ai rapporti "non esauriti"*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 6/2018, pp. 525-530.

Pare interessante considerare che, qualora la Suprema Corte avesse deciso di confermare la sentenza del giudice *a quo*, a quel punto si potrebbe verificare un'autentica guerra tra Corti[302].

Tanto chiarito, risulta comunque opportuna una "razionalizzazione del sistema di giustizia costituzionale volta non già a ridurre i poteri e le possibilità di intervento del Giudice delle leggi, bensì a renderne più efficaci e, al tempo stesso, più sostenibili le competenze"[303].

5.4. *Una Corte costituzionale incoerente? Il caso "isolato" della sent. n. 10 del 2015 e la giurisprudenza successiva*

La "saga" delle sentenze di spesa[304], come oramai noto ai più, ha trovato un seguito nella sent. n. 70 del 2015[305], la quale non è contraddistinta da alcuna manipolazione degli effetti nel tempo[306].

Eppure tale pronuncia rileva in quanto si inserisce a tal punto nella disciplina "classica" degli effetti delle pronunce di accoglimento[307], da avere fatto riflettere molto la dottrina sull'opportunità di modificare la disciplina degli "eccessivi" effetti delle sentenze di accoglimento.

Il Giudice delle leggi, nel caso di specie, ha svolto il ruolo di mero controllore delle scelte (e dei bilanciamenti) del legislatore, censurando proprio la carenza di motivazione che aveva contraddistinto "i presupposti

302. In questo senso si vuole ricordare la sent. 127 del 1966 e 49 del 1970.

303. A. MORELLI, *Principio di totalità e "illegittimità della motivazione": il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. Trib. Prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 21773/15)*, cit., p. 487, ripreso da G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema costituzionale*, cit., p. 404.

304. Per un commento al rapporto tra la sent. n. 10 del 2015, 70 del 2015 e 178 del 2015 cfr. M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, cit., pp. 174-183.

305. Come ampiamente noto, in tale occasione la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del blocco (per gli anni 2012 e 2013) dell'adeguamento dei trattamenti previdenziali al costo della vita, per contrasto con gli artt. 36, primo comma, 38, secondo comma, 2 e 3, secondo comma. La rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici era infatti riconosciuta solamente per i trattamenti di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo INPS, nella misura del 100 per cento.

306. Si tratta, in effetti di una sentenza che ha (meramente) accolto la questione di legittimità costituzionale sottoposta al suo sindacato. Cfr. R. PINARDI, *La Consulta e il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di "incostituzionalità sopravvenuta"?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015.

307. Cfr. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 139.

di fatto della disciplina censurata", con ciò ponendosi in contraddizione con l'impianto motivazionale che aveva contraddistinto, nello specifico, proprio la sent. n. 10 del 2015[308].

Si tratta, in effetti, di una sentenza sorprendente "per l'iter e le modalità della motivazione. Sorprendente per la formula del dispositivo. Sorprendente per l'assenza di qualsiasi considerazione sulla poderosa e ampiamente dibattuta problematica degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi sull'equilibrio di bilancio"[309].

In seguito all'adozione della decisione in discorso, la dottrina si è chiesta quale direzione avesse ritenuto di imboccare la Corte costituzionale[310].

Altra parte della letteratura ritiene invece non si possa fare riferimento ad una sentenza "giunta come un fulmine a ciel sereno", stante in primo luogo il monito che nel 2010 era stato indirizzato al legislatore (in occasione della pronuncia n. 316 del 2010) e, in secondo luogo, in quanto il legislatore non aveva correttamente impostato l'impianto argomentativo della scelta posta alla base della prevalenza (necessaria) delle esigenze finanziarie sul diritto oggetto, di fatto, del bilanciamento, e, pertanto, l'adozione di una decisione dotata di efficacia retroattiva *tout-court* aveva permesso di restituire "ragionevolezza all'intero sistema delle decisioni politiche che incidono sui diritti individuali a prestazioni pubbliche […]"[311].

Quello che sorprende, in effetti, non è l'esito opposto rispetto alla sent. n. 10 del 2015, bensì "il sostanziale rifiuto della Corte di misurarsi con il problema posto dalla presenza del principio costituzionale dell'equilibrio

308. Tale critica è stata mossa, precisamente, da M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 354, secondo la quale in occasione della sentenza "settanta" la Consulta controlla e contesta il bilanciamento posto in essere dal legislatore: allo stesso modo, anche nel caso della sent. n. 178 del 2015 il Giudice delle leggi ha verificato la ragionevolezza del bilanciamento legislativo, giungendo di fatto alla conclusione che il "carattere sistematico della sospensione della contrattazione e degli automatismi stipendiali per i dipendenti pubblici determina un 'bilanciamento irragionevole' fra libertà sindacale e il principio dell'equilibrio di bilancio". Cfr. G. DI COSIMO, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica*, cit.

309. Cfr. A. ANZON DEMMIG, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio di equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni del pubblico erario*, cit., p. 1. Si veda in questo senso anche S. LIETO, *Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015.

310. Molto critica è la dottrina di Morrone, il quale qualifica la sent. n. 70 del 2015 nel senso di una decisione ingiusta. Cfr. A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 10/2015.

311. Così G. M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, cit., p. 6.

di bilancio"[312], in tal modo sancendo la prevalenza dei principi di proporzionalità e adeguatezza delle retribuzioni e pensioni e abbandonando[313], di fatto, la logica della garanzia della Costituzione da intendersi quale un tutto unitario che necessita di una forma di tutela "sistematica e non frazionata"[314].

Eppure, occorre sottolinearlo, nel caso di specie il Giudice costituzionale non ha ignorato la questione relativa alle risorse finanziarie, posto che ha svolto un controllo di ragionevolezza del bilanciamento realizzato dal legislatore fra le esigenze del contenimento della spesa pubblica e, come affermato dallo stesso, il "diritto a una prestazione previdenziale adeguata"[315].

Certo è che, se nella "dieci" la Corte costituzionale si è preoccupata delle conseguenze finanziarie e ha agito sugli effetti della declaratoria di incostituzionalità, con riferimento alla "settanta" "il tema delle esigenze di bilancio assume rilievo in rapporto alla legittimità costituzionale della disposizione impugnata"[316].

L'esito della sentenza solleva, ancora una volta, il problema relativo ai poteri di "investigazione" della Corte costituzionale rispetto all'espunzione di una norma dall'ordinamento[317].

Ancora, in seguito, in occasione della sent. n. 178 del 2015, "l'ultimo episodio del tormentato dialogo tra Consulta e Legislatore nella delicata materia delle cosiddette 'sentenze di spesa'"[318], il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, commi 1 e 17, primo periodo, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con

312. Cfr. sempre A. ANZON DEMMIG, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio di equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni del pubblico erario*, cit., p. 1.

313. Si è fatto riferimento a ad una supremazia assoluta dei diritti previdenziali. Si veda in questo senso A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, cit., pp. 4 e 7.

314. Così A. ANZON DEMMIG, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio di equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni del pubblico erario*, cit., p. 8.

315. Cfr. cons. in dir. p.to 10.

316. Cfr. G. DI COSIMO, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica*, cit.

317. Sul punto si veda A. SGROI, *La perequazione automatica delle pensioni e vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 2/2015, p. 520.

318. In questo senso si veda R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di "incostituzionalità sopravvenuta"*, cit. Cfr. anche D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in *Consulta Online*, 1/2016, p. 218.

modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 luglio 2010, n. 122, e dell'art. 16, comma 1, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111, in riferimento agli artt. 2, 3, primo comma, 35, primo comma, 36, primo comma, 39, primo comma, e 53 Cost., in tal modo intervenendo sull'illegittimo reiterato protrarsi della sospensione delle procedure di contrattazione economica per i lavori pubblici per il periodo 2010-2014, al quale conseguiva "una disciplina irragionevole e sproporzionata, discriminando, per un periodo che non è transitorio né eccezionale, i lavori pubblici rispetto ai lavoratori del settore privato"[319].

Illegittimo era quindi il blocco della contrattazione collettiva per il lavoro pubblico quale risultante dalle norme impugnate e da quelle che lo avevano prorogato[320], in quanto aveva di fatto determinato "una irragionevole protrazione, sotto l'aspetto temporale, del blocco delle retribuzioni"[321].

Quello che importa maggiormente rilevare è che la Corte costituzionale sembra avere posto in essere una gestione del tutto "sregolata" dei suoi processi[322], mostrando un atteggiamento di fatto "libero" e disinvolto "dei canoni che governano il processo costituzionale"[323].

Il richiamo alla sopravvenienza dell'illegittimità costituzionale, infatti, non sembra soddisfare le esigenze di chiarezza e trasparenza in punto di motivazione[324]: come è possibile che una normativa "fino ad oggi" non affetta dal vizio di legittimità costituzionale lo diventi proprio a partire dall'oggi, cioè a dire solo "a partire dalla decisione che lo ha accertato"?[325]

È pur vero che, comunque, il Giudice delle leggi ha statuito un termine effettivo di decorrenza che, secondo parte della letteratura, appare comunque non eccessivamente discrezionale, poiché ancorerebbe la decorrenza

319. Cfr. D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità*, in *Osservatorio AIC*, 3/2016, p. 29.

320. M. MOCCHEGIANI, *La tecnica decisoria della sentenza 178 del 2015: dubbi e perplessità*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015.

321. Cfr. D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità*, cit., p. 29.

322. Così si è espresso A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi*, in *Questione Giustizia*, 2015.

323. Cfr. sempre A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi*, cit.

324. Secondo E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 143, si sarebbe tornati (rispetto alla sent. n. 10 del 2015) all'incostituzionalità sopravvenuta.

325. Cfr. la dottrina critica di A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi*, cit. In senso analogo, seppur in modo più sfumato D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, cit., p. 218.

degli effetti all'art. 136 Cost.[326]: afferma la Corte costituzionale che "solo ora si è palesata appieno la natura strutturale della sospensione della contrattazione e può, pertanto, considerarsi verificata la sopravvenuta illegittimità costituzionale, che spiega i suoi effetti a séguito della pubblicazione di questa sentenza" e, precisamente, per l'intervallo temporale che va da primo gennaio 2015 al giorno successivo ala pubblicazione della sentenza di accoglimento.

Il riferimento alla "improvvisa" decorrenza, sopravvenuta, del vizio di legittimità costituzionale si spiega alla luce della ribellione avutasi in seguito all'adozione della sent. n. 10 del 2015, la quale si era in parte fondata, come si è visto, sullo "specioso argomento che nulla in modo esplicito si diceva nel dispositivo a riguardo della decorrenza dell'effetto ablativo a far data dalla pubblicazione della decisione che lo ha prodotto"[327].

Si tratta, come è stato scritto, di "un vizio che nasce e muore lo stesso giorno, per mano del giudice che lo dichiara e che, allo stesso tempo, ne accerta la mancanza al momento della remissione degli atti alla Consulta"[328].

La Corte ha chiaramente posto in essere il differimento della dichiarazione dell'incostituzionalità "per ragioni plausibilmente connesse alle conseguenze finanziarie di una propria pronuncia"[329].

Ebbene, la sentenza in commento sembrerebbe presentare la medesima *ratio* della sent. n. 10 del 2015: il Giudice delle leggi, come nel caso giurisprudenziale appena richiamato, "si pronuncia, sì, per l'illegittimità della disciplina *sub iudice*, ma solo *pro futuro*, escludendo, quindi, totalmente il prodursi dei normali effetti 'retroattivi' dell'accoglimento"[330].

Infine, potrebbe essere interessante osservare che la sent. n. 178 non pare dissimile dalla sent. n. 266 del 1988[331]: in entrambi i casi la Corte co-

326. Così, ancora, D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, cit., p. 218.

327. Sul punto si veda ancora una volta A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi*, cit.

328. Cfr. ancora A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi*, cit.

329. Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", p. 347. S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio* a quo, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 389, fa riferimento ad una decisione che ha limitato la retroattività per specifiche esigenze di natura costituzionale.

330. Così R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di "incostituzionalità sopravvenuta"*, cit.

331. Secondo Onida si tratterebbe di una sentenza di incostituzionalità sopravvenuta. Così C. ONIDA, *Considerazioni*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 189.

stituzionale ha operato una "frode di etichette", nascondendo la manipolazione degli effetti nel tempo dietro la tipologia decisionale corrispondente all'incostituzionalità sopravvenuta[332].

La "stagione" della prassi temporalmente manipolativa non si esaurisce con le due sentenze adottate nel 2015[333], l'una di incostituzionalità differita "pura" e l'altra di incostituzionalità sopravvenuta in senso lato[334].

Nel 2016 il Giudice delle leggi ha adottato, nell'ambito di un giudizio in via principale, la sent. n. 188[335], in occasione della quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni relative alla legge di stabilità del 2014 (l'art. 1, commi 711, 712 e 729, della legge 27 dicembre 2013, n. 147) nella parte in cui esse sono applicabili alla Regione ricorrente (Friuli-Venezia-Giulia).

La pronuncia in questione rientra sempre nell'alveo delle decisioni manipolative dell'efficacia temporale al fine di ridurre al massimo l'impatto finanziario derivante dall'efficacia retroattiva; anzi, quello che contraddistingue la pronuncia in discorso è la sua totale irretroattività.

Dichiara il Giudice costituzionale che "in ordine alle dichiarate illegittimità sono necessarie alcune precisazioni circa gli effetti dalle stesse prodotti sul meccanismo dell'accantonamento. Quest'ultimo, proprio in base al principio dell'equilibrio dinamico del bilancio, verrà meno a far data dalla pubblicazione della presente sentenza, fermo restando tuttavia che per i decorsi esercizi gli accantonamenti effettuati in via preventiva dovranno essere conciliati con i dati del gettito fiscale accertato, restituendo alla Regione ricorrente le somme trattenute in eccedenza. […] E ciò è

332. In questo senso anche A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 211.

Anche secondo Grosso l'improprio l'utilizzo della tipologia decisionale dell'incostituzionalità sopravvenuta ha svolto la funzione di tutelare la Corte costituzionale. Così E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia*?, cit., p. 85.

333. Come in parte prognosticato da M. SICA, *Graduazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità costituzionale e garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale nella sentenza sulla c.d. Robin Hood Tax*, cit., p. 234.

334. La dottrina di Diaco qualifica invece la sentenza in questione nel senso di una pronuncia di incostituzionalità sopravvenuta *tout-court*. Cfr. D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, cit., p. 219.

335. Si tratta di una pronuncia totalmente irretroattiva. Così R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio* a quo: *la Corte alla prova dei fatti*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 468 nota n. 118. Secondo D'Amico la Corte giustifica la sopravvenienza dell'illegittimità costituzionale. Così M. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, cit., p. 11.

coerente con quanto questa Corte ha già avuto occasione di sottolineare con riguardo all'inscindibile connessione tra il principio dell'equilibrio dinamico del bilancio ed il carattere di continuità degli esercizi finanziari, il quale ne risulta naturale declinazione essendo «essenziale per garantire nel tempo l'equilibrio economico, finanziario e patrimoniale» (sentenza n. 155 del 2015), anche attraverso appropriate rimodulazioni dei rapporti fra Stato ed autonomie speciali «con riguardo ai decorsi esercizi» (sentenza n. 155 del 2015). D'altronde, il principio dell'equilibrio dinamico, «[e]ssendo strettamente connesso [a quello] di continuità del bilancio, essenziale per garantire nel tempo l'equilibrio economico, finanziario e patrimoniale, […] può essere applicato anche ai fini della tutela della finanza pubblica allargata, consentendo in sede pattizia di rimodulare in modo più appropriato le relazioni finanziarie anche con riguardo ai decorsi esercizi» (sentenza n. 155 del 2015)"[336].

Come si ha modo di vedere, in ragione dell'operatività del principio dell'equilibrio dinamico[337] (alla luce del quale il Giudice delle leggi richiama la sent. n. 10 del 2015[338]) del bilancio e in ragione del carattere di continuità degli esercizi finanziari, "i rapporti debitori e creditori tra Stato ed autonomie territoriali possono essere rimodulati anche in esercizi successivi alla loro scadenza"[339].

Ma vi è di più.

La pronuncia in esame è stata adottata in seguito alla decisione n. 155 del 2015, di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, che costituisce un suo immediato precedente e che, pertanto, viene a più riprese evocata nella cornice della motivazione[340]: tale decisione, se letta in "controluce", permette di rilevare che l'impianto della decisione si

336. Cfr. Sent. n. 188 del 2016, Cons. in dir. p.to 7.

337. Cfr. anche le recenti sentt. nn. 4 del 2020 e 115 del 2020.

338. Cfr. Sent. n. 188 del 2016, Cons. in dir. p.to 7

339. In questo senso si veda l'attenta analisi di Troisi. Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 347; in senso analogo R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a* quo: *la Corte alla prova dei fatti*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 470, il quale si riferisce a preoccupazioni di natura finanziaria. Per quanto attiene il considerato in fatto si veda al p.to 4, 6; per quanto riguarda, invece, il considerato in diritto, si considerino i punti 1.3, 2, 2.4, 4, 4.3.

340. Cons. in dir p.to 7. Cfr. G. P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., p. 4, il quale, peraltro, specifica alla nota n. 13, che nell'ordinanza istruttoria n. 24 del 26 novembre 2016 viene osservato che "le norme censurate appaiono inscindibilmente collegate sotto il profilo degli effetti sulle relazioni finanziarie tra Stato e Regione concorrente, a quelle precedentemente esaminate con la sentenza n. 155 del 2015".

fonda, di fatto, su una notevole attività istruttoria posta in essere dalla Consulta[341].

Nella sentenza in discorso, pertanto, la Corte costituzionale sembra avere posto in essere una modulazione degli effetti nel tempo "consapevole", irrobustita (legittimata) dall'attivazione dei poteri istruttori (rappresentata dall'ord. n. 26 novembre 2015), che risulta chiaramente non solo nel considerato in fatto, ma anche nel considerato in diritto[342].

Infine, si qualifica nel senso di una sentenza di incostituzionalità differita la sent. n. 74 del 2018, con la quale è stato definito un giudizio in via principale.

La Regione Veneto impugnava con ricorso alcune disposizioni della legge 11 dicembre 2016, n. 232 ("Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019").

Viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 140, della l. n. 11 dicembre 2016, n. 232 nella parte in cui non prevede un'intesa con gli enti territoriali in relazione ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri riguardanti settori di spesa rientranti nelle materie di competenza regionale.

Nel dichiarare l'incostituzionalità, il Giudice delle leggi ha dichiarato nella parte motiva della sentenza che lo "stesso carattere plurisettoriale del fondo e il contenuto sostanzialmente indeterminato del comma 140 rendono altresì difficile valutare l'impatto che la pronuncia di accoglimento può avere sui diritti costituzionali delle persone […] Nel censurare previsioni istitutive di fondi statali settoriali, questa Corte ha fatto talora salvi i procedimenti di spesa in corso, per evitare il pregiudizio di diritti costituzionali (sentenze n. 50 del 2008, n. 423 del 2004 e n. 370 del 2003), oppure ha precisato che «la caducazione di tale norma […] non comporta diretto e immediato pregiudizio per i diritti delle persone» (sentenza n. 16 del 2004; nello stesso senso, sentenza n. 49 del 2004). Poiché anche il comma 140 interviene in diversi settori e su diversi tipi di investimenti che possono variamente incidere su diritti costituzionali delle persone (si pensi per esempio agli interventi antisismici nelle scuole o all'eliminazione delle barriere architettoniche), si precisa che 'la dichiarazione di illegittimità costituzionale, nei termini indicati, della previsione in esso contenuta non produce effetti sui procedimenti in corso, qualora questi riguardino detti diritti'"[343].

341. Cfr. G. P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., p. 6.

342. In questo senso si veda M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 349.

343. Cfr. Sent. n. 256 del 2019, Cons. in dir. p.to 9.

Come intuibile, in questo caso la Consulta ha ritenuto di dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione salvando i procedimenti di spesa in corso, giustificando la gestione degli effetti temporali alla luce della salvaguardia dei diritti delle persone, similmente a quanto accaduto, come si vedrà, con riferimento alla sent. n. 246 del 2019, adottata sempre nell'ambito di un giudizio in via principale.

6. La sent. n. 246 del 2019 e la tutela del principio di continuità dell'azione amministrativa… un'esigenza percepita dalla Corte costituzionale e dal Tribunale costituzionale federale

In occasione della sent. n. 246 del 2019, il Giudice delle leggi ha accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata in via principale dalle Regioni Umbria e Marche, dell'art. 37 del d.l. n. 109 del 2018 convertito nella l. n. 130 del 2018, nella parte in cui prevedeva che le ordinanze e le priorità degli interventi del commissario straordinario, nominato nel 2016 dal Governo per far fronte agli eventi sismici nell'Italia centrale, fossero adottate "sentiti" i Presidenti delle Regioni interessate, anziché "previa intesa" con gli stessi, in quanto lesivo del principio di leale collaborazione e degli artt. 117, terzo comma, e 118, primo comma Cost.

Nella decisione in questione il Giudice delle leggi ha tentato di "naturalizzare" la propria prassi temporalmente manipolativa, da un lato richiamando nella sua quasi[344] totale interezza la pregressa giurisprudenza manipolativa del dato temporale, peraltro senza operare alcun distinzione tra giudizi in via principale e giudizi in via incidentale[345], dall'altro facendo leva sulla possibilità di potere enucleare eccezioni al principio dell'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità proprio alla luce, tra le svariate esigenze indicate nella pronuncia, della (appunto eccezionale) necessità di procedere alla salvezza degli atti compiuti dal commissario straordinario poiché "l'efficacia retroattiva della presente pronuncia rischie-

344. Cfr. M. D'AMICO, *Una "vistosa" motivazione in tema di efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 143.

Manca qualsivoglia richiamo alla sent. n. 188 del 2016, con cui, come si è avuto modo di vedere, la Corte costituzionale ha derogato all'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità proprio nell'ambito di un giudizio in via principale.

345. Secondo Pinardi, inedito è stato il tentativo di "distinguere, anche con riferimento a decisioni adottate in via incidentale e non solamente in via d'azione, quindi, come nel caso di specie, le diverse ipotesi in cui lo stesso non perviene all'adozione di pronounce caducatorie normalmente 'retroattive'". Cfr. R. PINARDI, *Incostituzionalità "sopravvenuta" vs. manipolazione degli effetti temporali: alcune precisazioni terminologiche e concettuali*, cit., p. 72.

rebbe di incidere negativamente sull'azione amministrativa già utilmente posta in essere dal commissario straordinario, pur non ancora consolidatasi in una situazione esaurita"[346].

Interessante notare che la Corte costituzionale ha richiamato quali precedenti più vicini alla *ratio* della pronuncia in questione la sent. n. 10 del 2015 e la sent. n. 1 del 2014, e ciò al fine di porre in evidenza la necessità contingente di evitare conseguenze eccessivamente gravose sulla funzione e sul buon andamento della pubblica amministrazione: in questo senso è del tutto similare la prassi temporalmente manipolativa del *BVerfG*, nell'ambito della quale spesso si richiama in motivazione l'esigenza di preservare proprio il buon andamento dell'amministrazione[347]. Rileva in questo senso la già commentata pronuncia del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, ove il *BVerfG* ha affermato che "per motivi particolari, ossia nell'interesse di una pianificazione finanziaria e di bilancio affidabile e di un'attuazione amministrativa uniforme per periodi di valutazione in gran parte già conclusi, la Corte costituzionale federale ha ripetutamente dichiarato la perdurante applicabilità di norme incostituzionali da giustificare entro il termine fissato al legislatore fino a una nuova regolamentazione o al più tardi fino alla nuova regolamentazione"[348]. Più in generale, la Corte ha inteso salvaguardare il principio di continuità: nell'ambito del giudizio in via principale rilevano, sotto il medesimo angolo prospettico, la sent. n. 370 del 2003, richiamata dallo stesso Giudice delle leggi, che, come già descritto, ha inteso tutelare "le prestazioni che richiedono continuità di erogazione in relazione ai diritti costituzionali implicati, [che] comporta peraltro che restino salvi gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti"[349], la sent. n. 13 del 2004, in cui la Corte ha manifestato l'esigenza di precludere la formazione dell'ancora maggiore incostituzionalità, la sent. n. 432 del 2004, in materia di disciplina e finanziamento della spesa sociale, nella quale è stata dichiarata la legittimità "a tempo" del Fondo nazionale per le

346. Cfr. Sent. n. 246 del 2019, Cons. in dir. p.to 10.

347. In questo senso del tutto rilevante è la decisione *BVerfG*, 1 BvL 8/10 del 17 febbraio 2016 in materia di corsi universitari; ancora, rileva la 1 BvL 11/14 del 10 aprile 2018: "*Aus besonderem Grund, namentlich im Interesse einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung und eines gleichmäßigen Verwaltungsvollzugs für Zeiträume einer weitgehend schon abgeschlossenen Veranlagung, hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt die weitere Anwendbarkeit verfassungswidriger Normen binnen der dem Gesetzgeber bis zu einer Neuregelung gesetzten Frist oder spätestens bis zur Neuregelung für gerechtfertigt erklärt (vgl. etwa BVerfGE 87, 153 <178>; 93, 121 <148 f.>; 123, 1 <38>; 125, 175 <258>; 138, 136 <251 Rn. 287>; 139, 285 <319 Rn. 89>). Ein solcher Grund ist auch hier gegeben*", Rn. 170.

348. Cfr. Rn. 170.

349. Cfr. Sent. n. 370 del 2003, Cons. in dir. p.to 7.

politiche sociali per garantire, ancora una volta, la continuità dell'ordinamento. Ancora, rilevano le (richiamate) sentt. nn. 71 e 74 del 2018, adottate al fine di fare salvi "i procedimenti di spesa in corso per evitare il pregiudizio di diritti costituzionali", consistenti, nello specifico, nei "diritti costituzionali delle persone"[350].

Inoltre, la Corte costituzionale ha inteso dividere il fenomeno dell'incostituzionalità differita, nell'ambito della quale rientrerebbero la sent. n. 178 del 2015, la sent. n. 501 del 1988, la sent. n. 1 del 1991 e la sent. n. 416 del 1992, da quello della graduazione degli effetti nel tempo alla luce della necessità di effettuare un "bilanciamento con altri valori e principi costituzionali", nel cui novero rientrerebbero, a prescindere dalla modalità di accesso al giudizio costituzionale, la sent. n. 10 del 2015, la sent. n. 1 del 2014 e le sent. nn. 71 e 74 del 2018.

Come ha avuto modo di sottolineare la dottrina, la pronuncia in questione ha inteso tutelare, al pari delle ultime due pronunce richiamate, i diritti dei singoli utilizzando il principio di continuità[351].

Tale principio, a ben vedere, è stato utilizzato sulla scorta della categoria, difficilmente inquadrabile, della "maggiore incostituzionalità", ove la Corte costituzionale ha sostenuto che possa "infatti eccezionalmente presentarsi l'esigenza di bilanciamento con altri valori e principi costituzionali, i quali in ipotesi risulterebbero gravemente in sofferenza ove tali effetti risalissero, come di regola, retroattivamente fino alla data di efficacia della norma censurata"[352], vale a dire, nel caso di specie, "il fattore di ritardo nella ricostruzione e rimozione dei danni dei suddetti eventi sismici, la cui accelerazione, al contrario, costituisce, tra le altre, la ragione ispiratrice del recente d.l. n. 123 del 2019, in corso di conversione"[353].

La situazione emergenziale ha fornito alla Corte costituzionale "una *forza* altrettanto *straordinaria di resistenza* ai principi che, *ex* articolo 97 Cost., governano l'attività amministrativa in relazione agli ordinari effetti retroattivi, legittimante il differimento che in altri casi simili è stato disposto"[354].

D'altra parte, è stato anche scritto che la Corte costituzionale avrebbe potuto appellarsi al principio del *tempus regit actum* quale principio-limite

350. Cfr. Sent. n. 246 del 2019, p.to 9 del Cons. in dir.

351. Così G. AVERSENTE, *La sentenza n. 246 del 2019: conferme e novità sul governo degli effetti temporali in via principale (e non solo)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020, p. 334.

352. Cfr. Sent. n. 246 del 2019, p.to 9 del Cons. in dir.

353. Cfr. Sent. n. 246 del 2019, p.to 10 del Cons. in dir.

354. Così P. F. DEPRETIS, *Un caso di buon governo degli effetti temporali dell'incostituzionalità. A margine della sentenza n. 246 del 2019*, in *Consulta Online*, 1/2020, p. 133.

"fisiologico" rispetto all'efficacia retroattiva della pronuncia[355], senza così dovere necessariamente esplicitare, per la prima volta nell'ambito di un giudizio in via principale[356], il proprio potere di modulazione degli effetti nel tempo[357].

Invero, quanto appena posto in evidenza, trova riscontro nella tesi di chi sostiene, avvicinandosi al fondamento delle *prospectivity decisions*, che "la modulazione degli effetti temporali sia un *implied power* della Corte costituzionale che può essere utilizzato in ossequio alle priorità emergenti dalla Costituzione, vista anche la regolazione non univoca dell'efficacia temporale delle proprie sentenze"[358].

Una decisione di incompatibilità in parte sovrapponibile alla pronuncia *de qua* corrisponde alla menzionata sentenza "Josefine Mutzenbacher", in occasione della quale, lo si è visto, il *BVerfG*, nel dichiarare l'incompatibilità dell'articolo 9 della legge sulla diffusione di pubblicazioni nocive per i giovani rispetto alla libertà dell'arte, della scienza, della ricerca e dell'insegnamento ai sensi dell'art. 5, comma terzo, *GG*, ha affermato che l'annullamento della legge avrebbe avuto come conseguenza quella di azzerare il controllo per la protezione dei bambini e dei giovani per il tramite della commissione appositamente prevista, così mettendo a repentaglio il loro sviluppo personale, che è diritto fondamentale"[359].

Anche in questo caso il Giudice costituzionale ha inteso salvaguardare un diritto fondamentale prevedendo non solo un'efficacia *ex nunc*, ma anche un ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile, avvertendo il legislatore di provvedere per il futuro, trattandosi di "decisioni organizzative relative ad un'area gestibile che non richiede, di fatto, un lavoro preparatorio eccessivo"[360].

355. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 117.

356. Come correttamente posto in evidenza da G. AVERSENTE, *La sentenza n. 246 del 2019: conferme e novità sul governo degli effetti temporali in via principale (e non solo)*, cit., p. 335.

357. In generale, per uno studio sulle "reciproche" incidenze tra processo amministrativo e processo costituzionale si rimanda a N. PIGNATELLI, *Le "interazioni" tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale, Giappichelli*, Torino, 2008.

358. F. DEPRETIS, *Un caso di buon governo degli effetti temporali dell'incostituzionalità. A margine della sentenza n. 246 del 2019*, cit., p. 136.

359. Cfr. *BVerfGE* 83, 130, Rn. 81. Si segnala, di recente e sempre in tema di attività amministrative di interesse pubblico, la 1 BvR 1619/17 del 26 aprile 2022, Rn. 403, con cui il *BVerfG* ha dichiarato l'incompatibilità di alcune disposizioni della legge di tutela della Costituzione bavarese. La declaratoria di nullità, così come l'adozione di una pronuncia di incompatibilità pura avrebbe, di fatto, privato "l'Ufficio del Territorio dei poteri investigativi centrali della tutela costituzionale fino all'adozione di una nuova norma".

360. Cfr. *BVerfGE* 83, 130, Rn. 82.

7. La sent. n. 152 del 2020: una decisione sul "minimo vitale" alla tedesca

In occasione della sent. n. 152 del 2020, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 38, comma 4, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)" nella parte in cui, con riferimento agli invalidi civili totali, dispone che i benefici incrementativi di cui al comma 1 sono concessi "ai soggetti di età pari o superiore a sessanta anni" anziché "ai soggetti di età superiore a diciotto anni" per contrasto con gli artt. 3 e 38 Cost.

È stata invece dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 1, della legge 30 marzo 1971, n. 118, sollevata in riferimento agli artt. 3, 38, comma 1, 10, comma 1, e 117, comma 1, Cost.

L'efficacia della declaratoria di incostituzionalità si caratterizza per il fatto di essere meramente *ex nunc*, che, come afferma il Giudice delle leggi in un'ottica, ancora una volta, "naturalizzante", rappresenta una forma peculiare di "tecnica decisoria" oramai appartenente alla giurisprudenza della Corte[361].

Al fine di inserire la gestione degli effetti nel tempo in un contesto, per così dire, consueto, vengono richiamate le sentt. nn. 246 del 2019, 74 e 71 del 2018.

A ben vedere, però, la naturalizzazione in questione non solo allarga il perimetro della modulazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità, ma, soprattutto, ridefinisce la logica del giudizio in via incidentale.

Secondo la Corte costituzionale, infatti, "l'estensione pro futuro del cosiddetto 'incremento al milione' agli invalidi civili totali è coerente anche con la logica del giudizio incidentale poiché l'accoglimento ex nunc risponde comunque all'interesse della parte che ha attivato il processo principale ed è dunque rilevante al fine della decisione che dovrà adottare il giudice rimettente"[362].

In altri termini, il nesso di pregiudizialità tra giudizio principale e giudizio costituzionale consisterebbe nell'interesse dell'eliminazione della norma incostituzionale *pro futuro.*

Quel che stupisce di più consiste nel fatto che il rovesciamento dell'architettura volta alla tutela degli *iura* viene giustificato dal Giudice delle leggi alla luce di un bilanciamento tra tutela delle persone con disabilità e risorse finanziarie disponibili, utilizzando l'*escamotage* del richiamo alla

361. Cfr. Sent. n. 152 del 2020, Cons. in dir. p.to 7.
362. Cfr. Sent. n. 152 del 2020, Cons. in dir. p.to 8.

sent. n. 10 del 2015 nella parte in cui fa riferimento al ragionevole bilanciamento tra diritti e principi coinvolti al fine di garantire *effettivamente* il principio di uguaglianza e di solidarietà, "che per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali (sentenza n. 264 del 2012)"[363].

Tale bilanciamento, però, non solo include la disciplina degli effetti nel tempo, così come accaduto con riferimento alla sent. n. 10 del 2015, ma, soprattutto, sul piano del diritto sostanziale, pur nella convinzione che le maggiori spese derivanti dalla sentenza stessa non determinerebbero la "«violazione dell'art. 81 della Costituzione», poiché, nella specie, vengono in gioco diritti incomprimibili della persona"[364], la Corte costituzionale ritiene di "graduare gli effetti temporali del decisum, facendoli decorrere (solo) dal giorno successivo a quello di pubblicazione della sentenza sulla Gazzetta Ufficiale"[365].

Pertanto, nonostante la "confessione", *apertis verbis*, della mancata lesione dell'art. 81 Cost., al contrario di quanto accaduto in occasione della sent. n. 10 del 2015, che aveva elevato l'art. 81 Cost. a superprincipio, il Giudice costituzionale ha ritenuto di "far salve" le casse statali, sacrificando il diritto individuale[366].

Quanto appena posto in evidenza pare tanto più significativo se si considera, peraltro, che nella sent. n. 10 del 2015 il Giudice delle leggi si era premurato di precisare che la deroga all'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità era subordinata al presupposto della necessità di tutelare "uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento" e alla "circostanza che la compressione degli effetti retroattivi" fosse "limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco"[367].

Nel caso di specie, invece, non sono delineati i presupposti o "condizioni" funzionali a sorreggere l'impellente necessità di governare gli effetti della declaratoria di incostituzionalità nel tempo, così come della stessa ri-

363. Cfr. Sent. n. 10 del 2015, Cons. in dir. p.to 8.

364. Cfr. Sent. n. 152 del 2020, Cons. in dir. p.to 6.

365. Cfr. Sent. n. 152 del 2020, Cons. in dir. p.to 7.

366. Sul punto si veda anche C. COLAPIETRO, S. BARBARESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità di bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti fondamentali e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione*, in *Nomos*, 1/2021, pp. 24-26.

367. Come correttamente posto in evidenza da V. CIACCIO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del "minimo vitale". Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, in *Rivista AIC*, 4/2020, p. 568.

levanza[368], ma la Corte si limita a delineare il "nuovo volto" (capovolto) del meccanismo del sistema in via incidentale.

Si consideri che tale *modus operandi* è stato proprio anche del Giudice costituzionale tedesco in occasione dell'adozione della sentenza del 10 aprile 2018.

In entrambe le pronunce, infatti, il Giudice delle leggi ha cercato di giustificare l'efficacia meramente *ex nunc* della propria decisione sminuendo la rilevanza della salvaguardia degli *iura*, fornendo, nel primo caso, un'interpretazione del tutto innovativa del *senso* del giudizio in via incidentale, e cioè che l'efficacia *pro futuro* sarebbe di per sé (comunque) utile per le parti del processo *a quo* e affermando, nel secondo caso, che il pagamento del tributo era, in ogni caso, prevedibile da parte dei contribuenti (chiaramente, a prescindere dall'intervenuta declaratoria dell'incompatibilità).

La sentenza in commento, inoltre, non interessa "una maggiorazione dell'IRES applicata a imprese con ricavi superiori a 25 milioni di euro", bensì "l'idoneità di un assegno mensile in godimento a invalidi civili totalmente privi di capacità lavorativa a garantire loro il soddisfacimento delle esigenze minime vitali"[369].

In definitiva, la pronuncia in questione rileva in quanto la modulazione temporale ad essa sottesa impone di riflettere "sul rapporto tra *risorse finanziarie* e *diritti fondamentali* nella giurisprudenza costituzionale"[370].

In conclusione, guardando all'esperienza tedesca, è possibile individuare una pronuncia "pendant" alla sent. n. 152 del 2020.

In occasione della già menzionata sentenza *BVerfGE* 125, 175, adottata nell'ambito di un giudizio in via incidentale, il *BVerfG* ha operato una modulazione temporale dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità adottando una *Unvereinbarkeitserklärung* nel "settore" del minimo esistenziale garantito dal sussidio di disoccupazione[371].

368. Cfr. Sent. n. 10 del 2015, Cons. in dir. p.to 7. Nello specifico, sul punto, cfr. V. GIANNELLI, *La rilevanza smarrita. Brevi riflessioni sulla modulazione degli effetti temporali a partire dalla decisione n. 10/2015*, in *www.forumcostituzionale.it,* 21 luglio 2015, pp. 1 ss.

369. Così V. CIACCIO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del "minimo vitale". Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, cit., p. 570.

370. Cfr. C. COLAPIETRO, S. BARBARESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità di bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti fondamentali e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione*, cit., p. 24.

371. Per un commento alla pronuncia si veda G. DELLEDONNE, *Germania: "Minimo vitale" e Stato sociale in una recente pronuncia del Tribunale costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 17 aprile 2010, pp. 1 ss.

In particolare, la declaratoria di incompatibilità è intervenuta sulla legge che disciplinava il sistema di sussidi sociali corrispondenti agli assegni di disoccupazione introdotti nel 2005 dal governo Schröder[372], che interessavano 6,7 milioni di persone[373], in quanto lesiva dell'art. 1, comma 1, *GG*, che sancisce il principio della dignità umana, e l'art. 20, comma 1, *GG*, che sancisce il principio dello Stato sociale[374].

La normativa c.d. *Hartz IV* era infatti fondata su "random estimates"[375]: i modelli statistici utilizzati per la determinazione dei benefici dovevano essere, invece, fondati sul criterio di proporzionalità e trasparenza.

Come è stato affermato dal *BVerfG*, "l'art. 1, comma 1, LF, in combinazione con l'art. 20, comma 1, LF, obbliga il legislatore a rideterminare le prestazioni retroattivamente per il periodo decorrente dall'entrata in vigore, il 1° gennaio 2005, del Secondo Libro sociale. Secondo la giurisprudenza costante del Bundesverfassungsgericht, il legislatore non deve rimediare retroattivamente ad una situazione non compatibile con la Legge Fondamentale, se ciò contrasta con la progettazione regolare delle finanze e del bilancio oppure se la situazione costituzionale non era ancora stata chiarita in maniera sufficiente e se pertanto deve essere concesso un adeguato termine al legislatore per elaborare la nuova normativa (cfr. BVerfGE 120, 125 [168], con ulteriori riferimenti). Tali principi trovano applicazione anche in relazione alle prestazioni per garantire il minimo esistenziale in discussione […]. La fissazione retroattiva di eventuali prestazioni maggiori per l'intero periodo decorrente dal 1° gennaio 2005 avrebbe del resto, alla luce del § 48 comma 1, per. 2, n° 1 SGB X, effetti fiscali insostenibili. […][376].

Si consideri, a tal proposito e per fornire un quadro il più possibile completo, che al tempo dell'adozione della pronuncia costituzionale il beneficio accordato dalla legge dichiarata incompatibile era fissato a 359 Euro al mese[377].

372. Cfr. R. CAPONI, *Democrazia, integrazione europea, circuito delle corti costituzionali (dopo il* Lissabon-Urteil), in *Astrid Online*, 7/2020, p. 8.

373. S. EGIDY, *Casenote - The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court*, in *German law Journal*, Vol. 12 no. 11, 2010, p. 1962.

374 . Sul tema della dignità umana si veda l'interessante indagine di A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo*, 3/2019.

375. Così S. EGIDY, *Casenote - The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court*, cit., pp. 1961-1962.

376. Cfr. M. T. RÖRIG, *Germania*, in "Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità", cit., pp. 77-78.

377. Così S. EGIDY, *Casenote - The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court*, cit., p. 1964.

Ebbene, la declaratoria dell'incompatibilità si fonda sulla fondamentalissima garanzia del diritto al minimo di sussistenza della dignità umana, fondato sull'art. 1 I *GG* in combinato disposto con l'art. 20 I *GG*[378]. Nonostante ciò, il legislatore, nella vigenza della *Weitergeltungsanordung*, è stato chiamato ad individuare una disciplina conforme entro il 31 dicembre 2010 solamente per il futuro, ragione per la quale il *BVerfG* ha affermato di escludere la sospensione del processo *a quo* non senza segnalare che gli aventi diritto, per il solo fatto dell'intervenuta declaratoria di incompatibilità della normativa, non avrebbero potuto usufruire, per quanto riguarda la porzione temporale non coperta dalla c.d. *Neuregelung*, di prestazioni assistenziali più elevate[379].

8. La sent. n. 41 del 2021: una peculiare modulazione degli effetti nel tempo, connotata dal c.d. *Frist*

Con la sent. n. 41 del 2021, definita "particolare" per quanto ha disposto[380], il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, in riferimento all'art. 106, commi 1 e 2, Cost., degli artt. 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71 e 72 del decreto-legge n. 69 del 21 giugno 2013, convertito, con modificazioni, nella legge n. 98 del 9 agosto 2013, nella parte in cui conferiscono ai giudici ausiliari di appello lo *status* di componenti dei collegi delle sezioni della corte d'appello come magistrati onorari.

Secondo l'art. 106, commi 1 e 2 Cost., i magistrati onorari possono esercitare le funzioni di giudice singolo, cioè a dire monocratico di primo grado, che solamente in via eccezionale e transitoria può comporre i collegi di tribunale.

Secondo la Corte, le disposizioni in questione non erano conformi a Costituzione laddove non prevedevano che la loro applicazione fosse limitata al periodo entro cui sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi indicati dall'art. 32 del decreto legislativo n. 116 del luglio 2017, ovvero entro il 31 ottobre 2025.

Mediante l'adozione di una pronuncia manipolativa di tipo additivo, il Giudice delle leggi è intervenuto sulle disposizioni che prevedono la par-

378. Di particolare rilevanza è anche la garanzia del minimo esistenziale di natura socio culturale. Per un'analisi di tale specificità cfr. C. SEILER, *Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9.2.2010*, in *JZ*, 2010, p. 505.

379. Cfr. Rn. 219.

380. G. AMATO, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2022, p. 15.

tecipazione, come magistrati onorari, dei giudici ausiliari presso le Corti d'appello, dichiarandone l'incostituzionalità soltanto nella parte in cui non prevedono che essi si applichino fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi poc'anzi indicati.

In buona sostanza, alla luce della tecnica (non solo temporalmente) manipolativa adottata, sembra che la Corte costituzionale abbia sì inteso colpire le disposizioni in questione, ma con un esito attenuato rispetto alla vistosa illegittimità costituzionale delle disposizioni *de qua*, in tal modo incidendo negativamente sul diritto di difesa e, in generale, sulla garanzia dei diritti dei singoli.

Tanto chiarito, il Giudice delle leggi accoglie le argomentazioni prospettate nelle due questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di Cassazione, evidenziando come il requisito della non manifesta infondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale fosse "diffusamente e puntualmente argomentata nelle ordinanze di rimessione"[381].

Prima di esporre le ragioni poste a fondamento dell'accoglimento delle questioni, il Giudice costituzionale ha inteso "premettere una sintetica ricostruzione del quadro normativo di riferimento"[382], descrivendo "con cura" la storia della magistratura onoraria al fine di valorizzare fino alla sua massima estensione il significato dell'art. 106 Cost.: ebbene, se la ricostruzione delle tappe che maggiormente hanno modellato il ruolo del magistrato onorario si pone nella logica dell'identificazione dello stesso "nella figura di un giudice monocratico di primo grado, il quale, unicamente a determinate condizioni e in via di supplenza, può anche partecipare allo svolgimento di funzioni collegiali di tribunale"[383], la scelta operata dalla Corte di legittimare una "temporanea" sopravvivenza del vizio di legittimità costituzionale sorprende non poco.

La sola figura di magistrato onorario compatibile con l'art. 106, secondo comma, Cost., ai sensi del quale "[l]a legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli", oltre che con la fondamentale regola generale secondo la quale le nomine dei magistrati devono avere luogo per concorso, infatti, è quella di un giudice "singolo, perché monocratico di primo grado, che solo in via eccezionale e transitoria, può comporre i collegi di tribunale"[384].

381. Così Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 5.
382. Cfr. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 6.
383. Così Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 19.
384. Cfr. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 17.

Dal 2013 i giudici ausiliari di appello sono titolari di funzioni "attribuite a giudici – non già «singoli», come ancora richiedeva, e tuttora richiede, l'art. 106, secondo comma, Cost. – ma tipicamente collegiali e di secondo grado, quali erano, e sono, quelle esercitate dalle corti d'appello"[385].

In questo senso è stata allontanata la disciplina *de qua* dai limiti entro cui i Costituenti avevano ritenuto di ammettere (lievi) deroghe all'"esercizio della giurisdizione in capo alla magistratura nominata a seguito di pubblico concorso"[386], interpretando estensivamente l'art. 106, comma primo, Cost.

Tale "inedita" figura di giudice onorario strutturalmente inserito presso le corti d'appello, previsto dal legislatore ordinario «[a]l fine di agevolare la definizione dei procedimenti civili, compresi quelli in materia di lavoro e previdenza» si qualifica, quanto alle funzioni esercitate, "del tutto fuori sistema e si pone in radicale contrasto con tale parametro, congiuntamente all'art. 106, primo comma, Cost"[387].

La (invalicabile) *ratio* dell'art. 106, secondo comma, Cost., consiste nell'esigenza di riservare a collegi di fatto composti da giudici professionali "(salvo eventuali casi eccezionali di sostituzione necessitata per motivi di urgenza), le funzioni giudicanti di maggior rilievo e delicatezza, come quelle di appello"[388].

Secondo la Corte, non rileva "che la recente riforma della magistratura onoraria, avviata con il d.lgs. n. 116 del 2017, nel disegnare la figura di giudice onorario di pace riconducibile a quella di un giudice singolo, in quanto monocratico, che solo in via eccezionale e transitoria, può comporre i collegi del tribunale, non ripropone più, né affatto considera, quella del giudice ausiliario d'appello"[389].

Ebbene, la pronucia in commento è caratterizzata da un termine al quale si riallaccia l'efficacia, nel tempo, della declaratoria di incostituzionalità; non solo, il modello decisionale si caratterizza anche per la presenza di un forte monito al legislatore, nonostante la dottrina abbia fatto riferimento alla necessità di escludere "la valenza giuridicamente cogente del termine fissato"[390].

385. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 19.

386. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 13.

387. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 19.

388. Così V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?* in *Osservatorio AIC*, 2/2021, p. 133.

389. Cfr. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 19.

390. Così R. PINARDI, *Costituzionalità "a termine" di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in *Consulta Online*, n. 1/2021, p. 292.

Infatti, come affermato dallo stesso Giudice delle leggi, "[o]ccorre allora – come soluzione, nella specie, costituzionalmente adeguata alla protezione di tali valori – che la declaratoria di illegittimità delle disposizioni censurate lasci al legislatore un sufficiente lasso di tempo che assicuri la «necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale» […] A tal fine la reductio ad legitimitatem può invece farsi, con la sperimentata tecnica della pronuncia additiva, inserendo nella normativa censurata un termine finale entro (e non oltre) il quale il legislatore è chiamato a intervenire"[391].

Oltre al legislatore, similmente a quanto accaduto con riferimento all'ord. n. 207 del 2018[392] e all'ord. n. 132 del 2020[393] l'altro interlocutore cui si rivolge il Giudice delle leggi sono i giudici, rispetto ai quali si afferma che "[i]n tale periodo rimane – anche con riguardo ai giudizi a quibus – legittima la costituzione dei collegi delle corti d'appello con la partecipazione di non più di un giudice ausiliario a collegio e nel rispetto di tutte le altre disposizioni, sopra richiamate, che garantiscono l'indipendenza e la terzietà anche di questo magistrato onorario"[394].

Nella recente prassi di gestione degli effetti nel tempo, sia essa posta all'interno o all'esterno del confine tracciato dal combinato disposto di cui all'art. 136 Cost., dall'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948, e dall'art. 30 l. n. 87 del 1953, allorquando venga chiamato "in causa il legislatore", non manca, nella logica della rimozione "congiunta" del vizio di legittimità costituzionale, un richiamo all'attività dei giudici.

Volendo tratteggiare gli elementi costitutivi della sent. n. 41 del 2021, si consideri che essa si qualifica per una (vistosa) efficacia esclusivamente *pro futuro* alla quale, tuttavia, non consegue il dispositivo "tipico" dell'efficacia *ex nunc* della pronuncia di accoglimento, dal momento che l'illegittimità costituzionale è destinata a rimanere silente per quattro anni, cioè a dire "fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle fun-

391. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 23.

392. Cfr. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 10: "[r]imarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio a quo. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte qua".

393. Cfr. Ord. n. 132 del 2020, Cons. in dir. p.to 8: "[r]imarranno nel frattempo sospesi anche i giudizi a quibus. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se eventuali questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni in esame analoghe a quelle in questa sede prospettate debbano parimenti essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate alla luce dei principi sopra enunciati, così da evitare, nelle more del giudizio di costituzionalità, l'applicazione delle disposizioni censurate (sentenza n. 242 del 2019 e ordinanza n. 207 del 2018)".

394. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 23.

zioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall'art. 32 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116"[395].

La Corte costituzionale avrebbe richiamato, fra le altre, a rafforzamento della propria – peculiare – *ratio decidendi*, la sent. n. 13 del 2004.

In quell'occasione, però, lo si è visto, non è stato previsto un termine specifico con il quale orientare, dal punto di vista temporale, l'intervento del legislatore; nel caso della pronuncia in commento, invece, è stato posto un termine finale di vigenza della disciplina censurata che è unico e certo in quanto positivamente previsto"[396].

In secondo luogo, la sent. n. 13 del 2004 è stata adottata nell'ambito di un giudizio in via principale, ragione per cui non è possibile ritenere che essa abbia sortito i medesimi effetti sottesi alla pronuncia in commento.

A ben vedere, peraltro, nel caso di specie la questione interessa "norme costituzionali sostanziali comportanti anche violazione di diritti", ben diversa da quella relativa "all'attuazione del nuovo riparto di competenza fra Stato e Regione"[397].

In definitiva, la ragione principale che si pone a fondamento della nuova tipologia di modulazione temporale *de qua* è quella di prevenire la formazione di "un grave pregiudizio all'amministrazione della giustizia"[398].

Come affermato di recente, quello che auspica la Corte costituzionale è la possibilità che non si produca l'effetto ablativo sotteso – *pro futuro* – alla decisione *de qua* alla luce "del complessivo rifacimento della disciplina della materia da parte del legislatore"[399].

Il Parlamento, infatti, è direttamente chiamato in causa nell'ottica, pur non espressa, di una "leale e dialettica collaborazione istituzionale"[400] per dare pieno seguito all'auspicio insito nel governo degli effetti delle pronunce di illegittimità costituzionale, cioè a dire quello di irrobustire, se mai esistente, lo spirito "di una piena collaborazione istituzionale e del tutto in conformità con la prassi delle principali Corti costituzionali europee"[401].

395. Le disposizioni dichiarate incostituzionali sono, infatti, "ultrattive".

396. Così R. PINARDI, *Costituzionalità "a termine" di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, cit., p. 291.

397. Così V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, cit., pp. 131-132.

398. Cfr. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 21.

399. A. RUGGERI, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo "bilanciamento" tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021*), in *Giustizia Insieme*, 2021.

400. Cfr. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 11.

401. M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., p. 13.

Quanto alla tempistica, il criterio orientatore scelto per la fissazione del termine coincide, come si è visto, con il 31 ottobre 2025.

Entro quella data il Parlamento è "chiamato ad intervenire"[402] sulla disciplina dichiarata "ora per allora" incompatibile con l'art. 106, primo e secondo comma, Cost.: "allo spirare di tale termine (ed a meno, ovviamente, di un intervento antecedente da parte degli organi legislativi) verrà meno, con la perdita di efficacia della disciplina in parola, anche il *vulnus* costituzionale accertato"[403].

Per la prima volta nella storia della giurisprudenza costituzionale italiana, quindi, il Giudice delle leggi ha kelsenianamente fissato un termine a partire dal quale fare decorrere gli effetti tipicamente "demolitori" della declaratoria di incostituzionalità[404].

La fissazione del termine è stata prevista in occasione, come noto, della ord. n. 207 del 2018, della ord. n. 132 del 2020, e dell'ord. n. 97 del 2021.

Tuttavia, come si è già sostenuto, nei casi richiamati il termine ha valenza "interna" al processo costituzionale: la sua natura è interlocutoria, e funge da criterio orientatore del momento in cui deve essere riassunta l'udienza davanti al Giudice costituzionale.

Nel caso di specie, invece, la riassunzione dell'udienza non è contemplata, dal momento che il Giudice delle leggi ha inteso operare sul "fattore" tempo dall'esterno, quindi derogando alla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento.

Ci si trova dinnanzi ad una manipolazione degli effetti nel tempo in senso stretto, alla quale, però, si riallaccia una forte interlocuzione con l'organo detentore del potere legislativo.

L'apposizione del termine per orientare l'intervento legislativo nel contesto di una intervenuta declaratoria di incostituzionalità richiama immeditamante alla mente la tecnica decisionale delle *Unvereinbarkeitserklräungen*.

Come si è visto, infatti, in Assemblea Costituente l'On. Perassi propose un emendamento diretto "ad introdurre nel nostro sistema la possibilità, secondo il modello austriaco, di differire gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità"[405].

402. Cfr. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 23.

403. Cfr. R. PINARDI, *Costituzionalità "a termine" di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, cit., p. 289.

404. Non è un caso che la pronuncia in commento rappresenti "un ulteriore passo verso la costruzione di un diritto processuale costituzionale di matrice prevalentemente giurisprudenziale". Cfr. A. ANTONUZZO, *La cedevolezza degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento in una pronuncia "caleidoscopica" della Corte costituzionale*, cit., p. 1.

405. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 9.

Nel caso di specie, la Corte costituzionale ha ritenuto, sulla scorta delle preoccupazioni dell'On. Perassi, di evitare "qualche inconveniente": il termine quadriennale è stato previsto proprio alla luce della necessità di escludere che "altri valori costituzionali"[406] potessero versare, in ragione della retroattività della declaratoria di incostituzionalità, in una situazione di "sofferenza"[407].

È anche interessante il fatto che il termine individuato dal Giudice costituzionale si avvicini all'estensione temporale propugnata da Kelsen proprio al fine di tutelare il "bene supremo" della "certezza del diritto"[408].

Non è un caso che la pronuncia in commento segnali la preoccupazione che, a fronte dell'adozione di una declaratoria di incostituzionalità, si sarebbe verificato, "nell'immediato, un grave pregiudizio all'amministrazione della giustizia, tanto più nella situazione attuale, che vede come urgente l'esigenza di riduzione dei tempi della giustizia, e quindi anche di quella civile, dove hanno operato e operano i giudici ausiliari presso le corti d'appello"[409].

Nel caso *de qua*, l'esigenza della tutela della certezza del diritto di kelseniana memoria corrisponde all'esigenza di tenere in considerazione l'impatto complessivo derivante dalla decisione di illegittimità costituzionale rispetto all'ordinamento giurisdizionale e rispetto al funzionamento concreto delle corti d'appello.

Ancora, pare opportuno considerare che, come è stato già segnalato, l'individuazione del "super" termine quadriennale viene fatta dipendere dall'emersione di prescrizioni già esistenti nell'attuale contesto normativo, quali "una riforma in progress della magistratura onoraria (d.lgs. n. 116 del 2017), la cui completa entrata in vigore è già differita per vari aspetti al 31 ottobre 2025 (art. 32 di tale decreto legislativo) e che è attualmente oggetto di iniziative di ulteriore riforma, all'esame del Parlamento (d.d.l. n. S1516, testo unificato dei d.d.l. numeri 1438, 1555, 1582 e 1714)"[410].

406. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 22.

407. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 22. Sul punto cfr. C. CHIARIELLO, *Le nuove frontiere della discrezionalità valutativa della Corte costituzionale: la tollerabilità della normativa illegittima*, in *Nomos*, 1/2022, pp. 18-21.

408. Pare interessante notare che nel progetto di revisione della Parte seconda della Costituzione (Camera dei Deputati n. 3931-A e Senato della Repubblica 2583-A), presentato nel corso della XIII legislatura dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, si era previsto che "quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, salvo che la Corte non stabilisca un termine diverso, comunque non superiore ad un anno dalla pubblicazione della decisione".

409. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 21.

410. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 23.

Da ultimo, in letteratura si è posto in evidenza come il "caso italiano" relativo alla magistratura onoraria si sia distinto per l'esistenza di un termine eccessivamente lungo: in realtà, come si è avuto modo di vedere, il *BVerfG* ha adottato nel 2018[411] la pronuncia sulla c.d. *Grundsteuer* che ha conosciuto non solo la previsione di un termine biennale per l'approvazione di una disciplina sull'imposta sui beni immobili conforme a Costituzione, ma ha anche previsto l'ordine di applicazione delle norme dichiarate incompatibili fino al 31 dicembre 2024, al fine di lasciare il tempo necessario alla pubblica amministrazione per "implementare"[412] la nuova disciplina.

A ben vedere, è proprio il termine in questione, ricavato da un dato normativo già esistente, a fornire alla Corte costituzionale la *exit strategy* per dichiarare l'illegittimità costituzionale della normativa censurata solamente "nella parte in cui non prevede che essa si applichi fino al completamento del riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi contemplati"[413], in tal modo trasformando la "disciplina impugnata da permanente a temporanea"[414].

Il richiamo operato dalla Corte ad altre pronunce con cui è stata "eccezionalmente"[415] operata una modulazione degli effetti nel tempo per evitare un grave pregiudizio all'amministrazione della giustizia "e quindi alla tutela giurisdizionale"[416] offre l'occasione per riflettere sulla consuetudine della Corte costituzionale di richiamare, a rafforzamento delle argomentazioni sottese al contenimento degli effetti della declaratoria di incostituzionalità, la quasi totalità delle pronunce temporalmente manipolative, senza distinguere tra pronunce adottate nell'ambito di un giudizio in via principale o in via incidentale[417].

Come è stato affermato con riferimento alla sent. n. 246 del 2019, la modulazione degli effetti nel tempo con riferimento ai *soli* giudizi in via incidentale pone "problemi insolubili per il suo impatto sui giudizi a quibus"[418].

411. Cfr. la decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14.

412. Cfr. R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BVerfG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., p. 1494.

413. Cfr. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 23.

414. Cfr. R. PINARDI, *Costituzionalità "a termine" di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, cit., p. 290.

415. Cfr. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 22.

416. Cfr. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 23.

417. Sugli inopportuni richiami effettuati dalla Corte costituzionale in Corte cost., sentenza 9 febbraio 2015, n. 10, si veda E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, cit., p. 80, nota n. 3.

418. Cfr. M. D'AMICO, *Una "vistosa" motivazione in tema di efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 143.

Tanto chiarito, la Corte costituzionale, a fronte di un richiamo, si diceva, *quasi* "olistico"[419] delle pronunce con cui è stato governato il "fattore" temporale, sembrerebbe volere approdare ad una "naturalizzazione"[420] della propria giurisprudenza temporalmente manipolativa, evidenziando la possibilità di inserire nell'opera di bilanciamento tra valori anche l'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità.

Si tratterebbe, in buona sostanza, di una "possibilità questa non preclusa dall'eventualità che, in un giudizio incidentale, una dichiarazione di illegittimità costituzionale, la quale di ciò tenga conto, risulti non essere utile, in concreto, alle parti nel processo principale, atteso che la rilevanza della questione va valutata, al fine della sua ammissibilità, al momento dell'ordinanza di rimessione"[421].

È piuttosto pacifico il riferimento alla "vicina" sent. n. 10 del 2015, nella quale si afferma, a proposito dell'effettività del requisito della rilevanza, che "tale requisito opera soltanto nei confronti del giudice a quo ai fini della prospettabilità della questione, ma non anche nei confronti della Corte ad quem al fine della decisione sulla medesima"[422].

Tuttavia, la pronuncia in questione non prevedeva un termine come quello che contraddistingue la decisione *de qua*: la sentenza "dieci" è stata dotata di un'efficacia esclusivamente *pro futuro* e, pertanto, non può rientrare nel novero delle decisioni che operano una *vacatio sententiae*, cioè a dire che non soltanto consentono la "sopravvivenza degli effetti già prodotti in passato dalla norma incostituzionale"[423], ma che, addirittura, lascia che i giudici onorari possano continuare le proprie funzioni collegiali, "anche dopo la sentenza di incostituzionalità a svolgere *ordinariamente*, in base alla norma incostituzionale"[424].

Anche nel caso della sent. n. 152 del 2020 la modulazione degli effetti nel tempo è decisamente più attenuata in quanto *ex nunc*, e non a partire da un *dies ad quem* spostato nel futuro.

Seguendo un ordine cronologico inverso, la pronuncia che rileva successivamente è la sent. n. 246 del 2019. Ebbene, il richiamo risulterebbe

419. Non sono state richiamate dal Giudice delle leggi la sent. n. 1 del 1991, in tema di pensioni del settore pubblico, la sent. n. 124 del 1991, in tema di retribuzione, oltre che la nota pronuncia 360 del 1996 e la sent. n. 1 del 2014.

420. Cfr. M. D'AMICO, *Una "vistosa" motivazione in tema di efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 143.

421. Cfr. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 22.

422. Cfr. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 7.

423. V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, cit., p. 134.

424. Si veda ancora V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, cit., p. 135.

poco adeguato alla luce del fatto che la decisione appena richiamata è stata adottata nell'ambito di un giudizio in via principale.

Il Giudice delle leggi non ha fatto riferimento, nella sentenza in commento, alle due pronunce richiamate nella sent. n. 246 del 2019, cioè a dire la sent. n. 71 del 2018 e la sent. n. 74 del 2018.

Merita un cenno particolare la sent. n. 266 del 1988, la prima decisione costituzionale ad avere inaugurato la prassi – seppur sporadica[425] – della modulazione degli effetti nel tempo e richiamata per ben due volte nella pronuncia *de qua*.

Ebbene, se la "necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale"[426] si è posta a fondamento dell'impossibilità di tollerare, (solamente) a far data dall'adozione della declaratoria di incostituzionalità, la disciplina non conforme a Costituzione, nel caso della sent. n. 41 del 2021 alla caducazione immediata della disciplina censurata è stata preferita l'ultrattività della disciplina censurata al fine di lasciare al legislatore un sufficiente lasso di tempo che assicuri la «necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale», segnatamente dell'art. 106, secondo comma, Cost., come e ancor più che nella ricordata pronuncia relativa alla magistratura militare (sentenza n. 266 del 1988)"[427].

La scelta della "sopravvivenza" della normativa non conforme all'art. 106, primo e secondo comma, è ravvisabile nell'utilizzo dei termini "come e ancora di più" sopra evidenziati.

Rientra nella categoria delle pronunce volte ad evitare che si creino pregiudizi dal travolgimento di rapporti già costituiti nel passato o atti compiuti anche la commentata sent. n. 50 del 1989.

Interessante notare, peraltro, che la Corte costituzionale si rivela – non del tutto casualmente, verrebbe da dire – "dimentica" dell'art. 30 della l. n. 87 del 1953 nella parte in cui afferma che il requisito della pubblicità dei processi tributari "opera esclusivamente per i procedimenti pendenti successivamente alla data prevista dall'art. 136, primo comma, della Costituzione"[428].

425. Secondo E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa "che non costino"*, cit., pp. 67-68, anche le sentt. nn. 137 del 1986 e 179 del 1988 corrispondono a quelle tipologie di "pronunzie che tentano di governare i propri effetti nel passato"; si riporta anche la sent. n. 328 del 1989, in occasione della quale il Giudice delle leggi ha circoscritto l'efficacia al solo futuro. Cfr. M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, cit., p. 1806.

426. Cfr. Sent. n. 266 del 1988, Cons. in dir. p.to 4.

427. Cfr. Sent. n. 41 del 2021, Cons. in dir. p.to 23.

428. Sent. n. 50 del 1989, Cons. in dir. p.to 2.

Inoltre, lo si è visto, nel caso della sent. n. 266 del 1988 e nel caso della sent. n. 50 del 1989, il Giudice delle leggi aveva garantito la sopravvivenza "in deroga" di norme incostituzionali "per meglio organizzare il passaggio da un regime antecedente, o addirittura precostituzionale, ad uno successivo più coerente con la Costituzione": a ben vedere, infatti, non vi può essere alcuna forma di gradualità da un sistema incostituzionale introdotto *ex novo* ad un sistema conforme a Costituzione, così come non vi può essere alcuna forma di adattamento o rimodellamento[429].

In buona sostanza, la giurisprudenza richiamata dalla Corte costituzionale si allontana dalla peculiare gestione degli effetti di cui alla sent. n. 41 del 2021, in quanto ad essa si è accompagnata la sopravvivenza (quadriennale) della disciplina incostituzionale: la retroattività non è stata pertanto azzerata, né limitata, bensì sostituita con un ordine di applicazione della norma incompatibile.

Occorre considerare che la Corte costituzionale non ha richiamato la totalità delle pronunce temporalmente manipolative; non solo, stupisce il fatto che il Giudice delle leggi abbia omesso di richiamare alcune pronunce che, per la verità, hanno interessato non solo la modulazione degli effetti nel tempo proprio alla luce della necessità di preservare il principio di continuità, ma anche la necessità di creare, in un contesto di governo degli effetti, un raccordo con il legislatore.

La prima è la menzionata sent. n. 360 del 1996, ove la Corte è stata indotta a "risparmiare" l'annullamento dei decreti legge reiterati alla luce del principio della certezza del diritto, nella sua veste di "tutela ordinamentale".

Sorprende l'assenza di un richiamo alla notissima sent. n. 1 del 2014, con cui è stata riconosciuta, come noto, una "ultrattività parziale di una legge già dichiarata incostituzionale"[430], motivo per cui la pronuncia in questione si avvicina e si allinea alla tecnica decisionale sottesa alla sent. n. 41 del 2021.

Merita inoltre un cenno a parte anche l'assenza del riferimento alla sent. n. 243 del 1993, in tema di liquidazione dei dipendenti statali.

In tale occasione la Corte costituzionale ha affermato che "[p]oiché dunque l'intervento del legislatore – in forza della presente dichiarazione di illegittimità costituzionale – è necessario per reintegrare l'ordine costituzionale violato, esso deve avvenire con adeguata tempestività"[431].

429. In questo senso V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, cit., p. 134.

430. Cfr. A. LO CALZO, *La convalida delle elezioni e gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, cit., p. 10.

431. Cfr. Sent. n. 234 del 1993, p.to, Cons. in dir. p.to 14.

Alla luce della mancata previsione di un termine, la Corte costituzionale ha affermato che, nel caso in cui il legislatore non fosse intervenuto entro "ogni ragionevole limite, ovvero, se i principi enunciati nella presente decisione risultassero disattesi, […] se nuovamente investita del problema, non potrebbe non adottare le decisioni a quella situazione appropriate"[432].

Come è stato affermato, evidente è la natura di pronuncia "meccanismo", non dissimile, a dire il vero, dalla sent. n. 41 del 2021: eppure, nel primo caso menzionato, il legislatore è stato chiamato ad intervenire rapidamente, senza tuttavia essere vincolato ad un termine (quadriennale) e ricavabile dal contesto normativo esistente.

Volgendo alle conclusioni, la sent. n. 41 del 2021 conosce una "struttura" temporalmente manipolativa che costituisce un *unicum*[433]: infatti, la Corte costituzionale, nei casi di modulazione temporale precedenti, da un lato ha espressamente indicato in una data successiva all'entrata in vigore della norma, "ma sempre anteriore alla pubblicazione della pronuncia costituzionale", dall'altro ha salvato "gli effetti già prodotti dalla norma incostituzionale" e, da un altro lato ancora, ha consentito una tollerabilità provvisoria di discipline incostituzionali per organizzare il passaggio ad una dimensione conforme a Costituzione[434].

432. Cfr. Sent. n. 234 del 1993, p.to, Cons. in dir. p.to 14.

433. Si consideri, in ogni caso, la sent. n. 466 del 2002, in occasione della quale la Corte costituzionale ha disposto un termine nei confronti del Parlamento, peraltro manipolando il requisito della rilevanza. Per un commento si veda P. COSTANZO, *La libertà di informazione non può più attendere: ma la Corte continua ad ammettere il transitorio censurando l'indefinito*, in *Giur. cost.*, 2002.

434. Cfr. ancora V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, cit., p. 134.

Capitolo II
Il rapporto tra Tribunale costituzionale e legislatore nella materia penale

0. Premessa

Nel presente capitolo si intende indagare, sotto l'angolo prospettico del rinvio al legislatore e della tecnica decisionale delle *Unvereinbarkeitserklärungen* nella materia penale, il rapporto tra il giudizio di costituzionalità e gli spazi relativi alle scelte legislative nella materia penale. Nel par. 1 si indagherà la sfera della discrezionalità legislativa in materia penale alla luce di due recenti filoni: la giurisprudenza delle c.d. rime adeguate, che ha interessato, in particolare, la dimensione della dosimetria sanzionatoria, e la tecnica del rinvio al legislatore, che verrà approfondita nei paragrafi successivi. Al par. 2 e al par. 2.1 si ragionerà, rispettivamente, sulla categoria della discrezionalità del legislatore in rapporto alle *Unvereinbarkeitserklä-*

rungen e sulle pronunce di incompatibilità adottate nella materia penale. Dai parr. 3 - 3.2 si analizzerà, come poco sopra anticipato, la tecnica dell'incostituzionalità prospettata ma non dichiarata con riferimento alla disciplina del suicidio assistito, non mancando di rinviare all'esperienza tedesca. Al par. 3.3 e 3.4 si indagheranno i profili più di rilievo dell'ord. n. 132 del 2020 sul carcere ai giornalisti e del seguito rappresentato dalla sent. n. 150 del 2021. I parr. 3.5 e 3.6 interessano il rinvio operato dalla Corte costituzionale per consentire al legislatore di intervenire sulla disciplina dell'ergastolo ostativo. Infine, per completare lo studio intorno al rapporto tra Giudice delle leggi e Parlamento una volta intervenuto il c.d. rinvio, si analizzeranno, sempre in chiave comparata, gli effetti delle *Unvereinbarkeitserklärungen* rispetto al legislatore (parr. 4; 4.1).

1. Il rispetto della discrezionalità legislativa nella materia penale: nuove linee di tendenza tra cornice edittale e rinvio al legislatore

Sul piano metodologico importa porre in evidenza come lo studio delle *Unvereinbarkeitserklärungen* adottate nella materia penale permetta di analizzare lo strumento del c.d. rinvio a data fissa sotto l'angolo prospettico delle ragioni che conducono il Giudice delle leggi ad adottare lo "schema Cappato" nella materia coperta dalla riserva di legge di cui all'art. 25, comma secondo, Cost.

Tanto chiarito, come è stato efficacemente scritto, uno tra i compiti più complessi della Corte costituzionale consiste nel muoversi "tra l'intangibilità degli spazi della decisione politica in materia penale – posta sotto rafforzata protezione per la presenza nel settore di una riserva di legge – e l'esigenza di garantire al contempo che le discipline macroscopicamente lesive del canone della ragionevolezza siano espunte dal sistema"[1].

Tale consapevolezza è emersa con forza nella recente giurisprudenza costituzionale in materia penale, al punto da spingere il Giudice delle leggi a forgiare un nuovo modello decisionale, idoneo a combinare le due esigenze appena poste in evidenza.

Si tratta, come oramai ampiamente noto, dello schema decisionale del rinvio al legislatore o, se si vuole, dell'incostituzionalità "prospettata", non a caso adottato, al momento, in una delle "zone" del diritto ove con più evidenza si manifesta l'intoccabilità degli spazi discrezionali esistenti in capo all'organo detentore del potere legislativo.

1. Cfr. S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e* quantum *della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2017.

È bene ricordare, a questo proposito, che i confini della discrezionalità del legislatore in materia penale hanno conosciuto, di recente, diversi rimodellamenti proprio alla luce dell'intervento della Corte costituzionale[2].

Un interessante approdo della dinamica insita nel rapporto tra i due organi costituzionali, tale da avere condotto la dottrina a ragionare sull'esistenza di una "discrezionalità condizionata"[3], è emerso a seguito dell'adozione della sent. n. 236 del 2016, in occasione della quale il Giudice delle leggi, propendendo verso "un'assunzione di responsabilità in ordine al sindacato di costituzionalità in materia penale"[4], si è riconosciuto pienamente legittimato, nei confronti del legislatore, "anzitutto, a sindacarne le scelte punitive e, in secondo luogo, a ricondurre autonomamente il relativo trattamento sanzionatorio entro i confini della legalità costituzionale"[5]; alla pronuncia appena menzionata hanno fatto seguito la sent. n. 233 e 222 del 2018[6], la sent. n. 40 del 2019, e la sent. n. 113 e n. 156 del 2020.

Dal 2016 la Corte costituzionale ha adottato "una serie di proununce" che sono "sembrate prefigurare una sorta di superamento della tradizionale dottrina delle c.d. rime obbligate"[7] e che rappresenterebbero, alla luce del dispositivo manipolativo-sostitutivo e della parte motiva contraddistinta da uno sganciamento dalla soluzione costituzionalmente obbligata[8], una forma di approdo alle c.d. rime costituzionalmente adeguate[9].

2. Per un'indagine ampia sul rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento nella materia penale prima dell'adozione dell'ord. n. 207 del 2018 cfr. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016, pp. 1 ss. Cfr. anche R. PINARDI, *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 57. Sul rapporto tra dottrina delle rime adeguate e intervento manipolativo nella recente materia penale cfr. M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"*, in *Federalismi*, 3/2021, pp. 58-62.

3. Così efficacemente D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a* felix culpa*, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema Penale*, 2/2021, p. 28.

4. Cfr. Così M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., p. 19.

5. Cfr. ancora M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., p. 19.

6. La decisione in oggetto è stata definita come la pronuncia che ha sancito "l'abbandono 'ufficiale' delle 'rime obbligate'", così C. PADULA, *A mo' di premessa: realtà e mito nella creatività procedurale della Corte costituzionale*, cit., p. 21.

7. Si riporta la riflessione di D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a* felix culpa*, a gabbia troppo costrittiva*, cit., p. 5.

8.. Cfr. ancora D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a* felix culpa*, a gabbia troppo costrittiva*, cit., p. 23.

9. Come ha significativamente sottolineato Viganò, in ogni caso il legislatore ha "sempre la possibilità di modificare la soluzione individuata dalla Corte". Cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 290. Pare interessante segnalare che parte della dottrina ritiene che la varietà dei giudici relatori/redattori delle pronunce che si analizzeranno sia talmente eviden-

Più nello specifico, il significato di tale cambiamento di tendenza è stato ben tracciato dalla stessa Corte costituzionale in occasione della sent. n. 242 del 2019, ove è stato affermato che talvolta i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischiano di risolversi, a loro volta, in una lesione dei diritti fondamentali[10].

Pertanto, il Custode della Costituzione "può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento 'secco' della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento (in questo senso, sentenze n. 40 del 2019, n. 99 del 2019 in tema di tutela del diritto alla salute del detenuto, n. 222 del 2018 e n. 236 del 2016)"[11].

te da testimoniare "un indirizzo condiviso a Palazzo della Consulta". Così A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in (a cura di C. Padula), "Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?", Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 335

10. Sulla nuova fase di possibile assestamento dei rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento con riferimento alla sent. n. 242 del 2019 cfr. A. MASSARO, *La Corte costituzionale di fronte al "caso Cappato": il sasso del suicidio medicalmente assistito è lanciato, ma quanto lontano potrà arrivare*? in (a cura di O. Di Giovane, G. D'Alessandro), "La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani", Giappichelli, Torino, 2020, p. 323. Pare interessante notare, a proposito di vuoti di disciplina conseguenti all'adozione della declaratoria di incostituzionalità, che in occasione della sent. n. 185 del 2021 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 6, secondo periodo, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158 (Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute), convertito, con modificazioni, nella legge 8 novembre 2012, n. 189, la Corte costituzionale ha affermato, al Cons. in dir. p.to 3, che "per risalente rilievo di questa Corte, non può essere ritenuta «preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina […] che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti (sentenza n. 59 del 1958)» (sentenza n. 242 del 2019). Spetterà – laddove ne ricorrano le condizioni – ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione, e, comunque sia, al legislatore provvedere a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che – in conseguenza della decisione stessa – apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione (sentenza n. 113 del 2011)" e che "[l]'esigenza di far ricorso a una pronuncia di tipo manipolativo, che sostituisca la sanzione censurata con altra conforme a Costituzione, si pone imprescindibilmente solo allorché la lacuna di punibilità che conseguirebbe a una pronuncia ablativa, non colmabile tramite l'espansione di previsioni sanzionatorie coesistenti, si riveli foriera di «insostenibili vuoti di tutela» per gli interessi protetti dalla norma incisa (sentenza n. 222 del 2018)".

11. Cfr. Sent. n. 242 del 2019, Cons. in dir. p.to 4.

Cfr. la sent. n. 28 del 2022 in tema di sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria, nell'ambito della quale, al Cons. in dir. 4.2.1, si conferma la possibilità di potere autonomamente reperire "soluzioni costituzionalmente adeguate, già esistenti nel sistema e idonee a colmare temporaneamente la lacuna creata dalla stessa pronuncia di accogli-

Pare significativo ricordare che nella sent. n. 236 del 2016 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, secondo comma, del codice penale, nella parte in cui prevedeva la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni, svincolando "la valutazione sulla proporzionalità della pena dalla necessaria individuazione di un *tertium comparationis* caratterizzato da identico disvalore, e irragionevolmente sottoposto a diverso trattamento sanzionatorio"[12].

Successivamente, in occasione della sent. n. 222 del 2018, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della pena accessoria fissa relativa ai delitti di bancarotta fraudolenta, individuando "una delle (non univoche) soluzioni già esistenti nel sistema"[13].

Tale pronuncia rappresenterebbe, secondo la dottrina, un chiaro sintomo del "cedimento del baluardo" rappresentato dalla discrezionalità legislativa[14].

mento della questione […] tanto in materia di dosimetria sanzionatoria […], quanto altrove […]". Per un commento, se si vuole, cfr. N. FIANO, *Rime costituzionalmente adeguate e riforma della giustizia penale*, in *Rassegna di Giurisprudenza costituzionale*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1/2022, pp. 473 ss.

12. Cfr. F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2017, p. 65. Lo stesso Autore ha affermato che il limite della tecnica rappresentata dalla pronuncia in commento consiste nel confinamento del sindacato della Corte "in materia di congruità del trattamento sanzionatorio apprestato dal legislatore alle sole ipotesi in cui il rimettente riesca a individuare una disposizione idonea ad assurgere a *tertium comparationis* nel giudizio di disparità di trattamento […]". Così F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., p. 79. Pare significativo porre in evidenza come la pronuncia in questione non abbia rappresentato una forma di superamento dell'art. 28 della l. n. 87 del 1953. Così C. PADULA, *Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *Questione Giustizia*, 2020, p. 16. Per un commento in merito al profilo della proporzionalità della pena cfr. D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13/2017.

13. Secondo R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in (a cura di F. S. Marini, C. Cupelli), "Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte, costituzionale n. 207 del 2018", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 16, tale pronuncia rappresenta quasi un seguito "naturale" dell'ord. n. 207 del 2018. Per un ampio commento alla decisione in questione si vedano S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a "rime possibili*", in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, pp. 183-185 e A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse a 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018.

14. In questo senso A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, p. 110.

Infine, anche la sent. n. 40 del 2019 in materia di stupefacenti si inserisce nel novero delle decisioni a rime solo "possibili", rappresentando un ulteriore punto di sviluppo e di arrivo del nuovo orientamento giurisprudenziale, rafforzato dal "mancato ascolto di un precedente monito della Corte"[15].

In quell'occasione, la Corte costituzionale aveva individuato nell'ordito legislativo la pena con cui sostituire quella sproporzionata ed eccessiva prevista dalla disposizione viziata da illegittimità costituzionale[16].

Emerge quindi la "necessità di un sindacato più stringente in materia penale e di esecuzione penale"[17] e, al tempo stesso, quella di una più incisiva tutela dei diritti fondamentali dei singoli.

È infatti "sembrato sempre più inaccettabile"[18] che la Corte dovesse arrestare il proprio giudizio "per mancanza di soluzioni univoche" ove "vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona di fronte alla potestà punitiva dello Stato"[19].

Ebbene, in occasione della sent. n. 136 del 2020, di inammissibilità, il Giudice delle leggi ha affermato come il limite della discrezionalità legislativa possa essere superato solamente ove "le pene comminate siano manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto previsto quale reato"[20], ripercorrendo lo stesso ragionamento nelle sentt. nn. 137[21] e 252[22] del 2020.

15. Cfr. ancora A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, cit., p. 108.

16. Come posto precisamente in evidenza da C. CUPELLI, *Sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa. Le prospettive penalistiche nella Relazione del Presidente Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 marzo 2019.

17. Si riporta quanto significativamente affermato dalla già Presidente della Corte costituzionale M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., p. 5.

18. Cfr. M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., p. 8, che pone in risalto uno dei nodi problematici del rapporto tra Parlamento e Corte costituzionale che erano stati evidenziati da M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., pp. 21 ss.

19. Cfr. M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., p. 8.

Emblematico, in questo senso, quanto dichiarato dalla Corte costituzionale nella recente sent. n. 99 del 2019, e cioè che di fronte alla violazione di diritti costituzionali, per ricondurre a legalità l'ordinamento, non può essere di ostacolo all'esame nel merito della questione di legittimità costituzionale l'assenza di un'unica soluzione a "rime obbligate".

20. Cfr. sent. n. 136 del 2020, Cons. in dir. p.to 5.

21. In tema di misure coercitive dopo l'arresto per i reati con pena non superiore ai tre anni. Per un commento, si veda G. LEO, *Misure coercitive dopo l'arresto per i reati con pena non superiore ai tre anni: la disciplina che le consente supera l'esame della Consulta*, in *Sistema Penale*, 15 luglio 2020.

22. In tema di perquisizioni autorizzate oralmente dal pubblico ministero.

Nella prima delle due pronunce menzionate la Corte costituzionale si pone sulla scia di quanto stabilito nella "rivoluzionaria" sent. n. 236 del 2016, affermando, nel richiamare quest'ultima e le sentt. nn. 148 del 2016 e 207 del 2017, che "anche in presenza di norme manifestamente arbitrarie o irragionevoli, solo l'indicazione di un tertium comparationis idoneo, o comunque di specifici cogenti punti di riferimento, può legittimare l'intervento della Corte in materia penale, poiché non spetta ad essa assumere autonome determinazioni in sostituzione delle valutazioni riservate al legislatore. Se così non fosse, l'intervento, essendo creativo, interferirebbe indebitamente nella sfera delle scelte di politica sanzionatoria rimesse al legislatore"[23].

Con la decisione n. 252 del 2020 il Giudice delle leggi ha affermato che a fronte della violazione di diritti costituzionali, l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale si riallaccia alla presenza, nell'ordinamento, di "una o più soluzioni costituzionalmente adeguate, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore", così da evitare che zone franche[24].

Di recente la Corte costituzionale ha adottato un'altra pronuncia che si inserisce nel novero delle c.d. decisioni a rime costituzionalmente adeguate.

Ci si riferisce alla sent. n. 28 del 2022 in tema di sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria.

Pare interessante osservare che il Giudice delle leggi ha affermato come si renda "necessario reperire nel sistema soluzioni normative già esistenti, che consentano di porre almeno provvisoriamente rimedio agli accertati vizi di legittimità costituzionale, assicurando al contempo la perdurante operatività della sostituzione della pena detentiva. Al riguardo, questa Corte non può allo stato che ricorrere alla soluzione – suggerita dal *petitum* formulato in via principale dal giudice rimettente – consistente nella sostituzione del minimo di 250 euro con quello di 75 euro per ogni giorno di pena detentiva sostituita, stabilito dall'art. 459, comma 1-bis, cod. proc. pen. in relazione al decreto penale di condanna; soluzione che peraltro poco si discosta, nell'esito pratico, da quella – prospettata attraverso il petitum formulato in via subordinata – di ripristinare la possibilità per il

23. Cfr. Sent. n. 137 del 2020, Cons. in dir. p.to 5.2. Cfr. Sent. n. 137 del 2020, Cons. in dir. p.to 5.2. La *ratio* insita nella pronuncia in questione è ravvisabile anche nella sent. n. 185 del 2021, in occasione della quale la Corte costituzionale ha "precisato le condizioni di applicabilità della giurisprudenza sulle soluzioni 'costituzionalmente obbligate'". Così L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Sistema Penale*, 2021.

24. Cfr. Sent. n. 252 del 2020, Cons. in dir. p.to 4.4. Analogamente cfr. la sent. n. 224 del 2020, Cons. in dir. p.to 2.4.

giudice di diminuire sino a un terzo la pena pecuniaria minima, prevista in via generale dall'art. 133-bis, secondo comma, cod. pen. (ciò che condurrebbe a fissare a circa 83 euro il minimo del valore giornaliero)"[25].

Analoga nella *ratio* è la sent. n. 63 del 2021, in tema di infortuni sul lavoro e malattie professionali, nell'ambito della quale la Corte ha affermato, al Cons. in dir. p.to 9, che "solo la prospettata estensione della disciplina di cui al primo periodo della disposizione consente, dunque, di evitare una irragionevole disparità di trattamento, in contrasto con l'art. 3 Cost., nella disciplina delle patologie concorrenti. Il primo periodo del comma 6 consente, infatti, una piena stima del danno biologico anche nei casi in cui la preesistente malattia non abbia una eziologia lavorativa, sicché, onde evitare la denunciata irragionevole disparità di trattamento, la sua disciplina deve essere estesa ai casi in cui la preesistente patologia concorrente abbia origine lavorativa, garantendo così in tutte le fattispecie di tecnopatie i cui effetti risultino aggravati dalla patologia concorrente la piena stima del danno biologico".

Ritornando al tema della dosimetria sanzionatoria, si consideri, inoltre, la sent. n. 95 del 2022 in tema di sanzione amministrativa pecuniaria per atti contrari alla pubblica decenza, nell'ambito della quale il Giudice delle leggi ha affermato, al Cons. 4.3.2 che il "rimettente indica, quale soluzione "costituzionalmente adeguata", la cornice edittale stabilita per la peculiare ipotesi di atti osceni realizzati «per colpa», per i quali, ai sensi dell'art. 527, terzo comma, cod. pen., è prevista la sanzione amministrativa pecuniaria da 51 a 309 euro.

La soluzione appare congrua anche a questa Corte. Infatti, per quanto la condotta integrante l'illecito di atti osceni colposi sia caratterizzata, dal punto di vista materiale, dal necessario coinvolgimento della sfera sessuale da parte dell'agente, che resta invece estranea agli atti contrari alla pubblica decenza, la natura meramente colposa della condotta – evidenziata dall'assenza di consapevolezza, da parte di chi pone in essere la condotta, della percepibilità da parte di terzi dell'atto sessuale compiuto – esclude in radice quella dimensione aggressiva posseduta, invece, dagli atti sessuali deliberatamente compiuti in pubblico, spesso diretti verso una o più vittime determinate. La visione involontaria di atti sessuali compiuti da altri senza alcuna intenzione aggressiva o comunque maliziosa nei confronti di terzi potrà, al più, ingenerare nello spettatore un senso di fastidio e di molestia sostanzialmente analogo a quello provocato dalla generalità degli atti inurbani e scostumati riconducibili, appunto, alla fattispecie di atti contrari alla pubblica decenza".

25. Cfr. Cons. in dir. p.to 7.

Nel contesto giurisprudenziale appena tracciato rileva, intrecciandosi, lo schema decisionale del rinvio al legislatore, connotato dalla "ricerca di un punto di equilibrio tra gli spazi della politica e quelli della giustizia costituzionale e del pieno sviluppo del principio di leale cooperazione istituzionale"[26].

A ben vedere, infatti, la tecnica dei c.d. "versi sciolti" e quella del rinvio al legislatore interessano entrambi, seppur sotto angoli prospettici diversi, l'approccio del Giudice delle leggi allo spazio discrezionale del legislatore nella materia penale.

In entrambi i casi, la spinta è quella di adottare una decisione di accoglimento cercando di ricondurre ad unità l'esigenza di decidere una volta per tutte sulla scorta di un caso singolo e combinando in senso armonico le ragioni della *lex* e degli *iura*.

Nel caso delle "rime possibili" l'intervento manipolativo-sostitutivo sulla norma incostituzionale è immediato, così come immediata è la composizione dei versi sciolti[27].

Nel "modello Cappato", invece, l'intervento è lasciato al legislatore, chiamato a ricomporre, ento un dato periodo di tempo, il *vulnus* costituzionale.

La ragione, come autorevolmente posto in evidenza, dipende dalla "mancanza di punti di riferimento normativi" e dall'esigenza di "interventi complessi e articolati"[28].

Si assiste, come è stato scritto, ad una forma di forte accentramento da parte della Corte costituzionale, mossa da spinte decisioniste e, al contempo, dalla volontà di creare un canale di comunicazione con il legislatore affinché quest'ultimo intervenga a rimuovere il vizio di legittimità costituzionale[29].

26. Così M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., p. 10.

27. Occorre considerare, comunque, che quasi sempre tali pronunce sono precedute da moniti. Cfr., ad esempio, la sent. n. 236 del 2016 e la sent. n. 222 del 2018.

28. Cfr. G. CORAGGIO, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2020*, cit., p. 13.

29. Secondo G. D'Amico, lo "schema Cappato" rappresenta "*un ragionevole punto di* equilibrio tra l'esigenza di rispettare la c.d. discrezionalità del legislatore e la parimenti meritevole esigenza di dare una risposta sulla domanda di giustizia costituzionale formulata dal giudice rimettente". Così G. D'AMICO, *Il volto giuridico delle scelte di fine vita. Brevi note a proposito della "creatività" delle decisioni della Corte sul c.d. caso Cappato*, in (a cura di C. Padula), "Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale"?, cit., pp. 314-315.

2. Un criterio di natura "residuale": la sfera discrezionale del legislatore come possibile fondamento delle *Unverenbarkeitserklärungen*?

A questo punto del lavoro pare opportuno un riferimento, in chiave comparata, al rapporto tra le decisioni di incompatibilità tedesche e la categoria della discrezionalità del legislatore (con riferimento, in particolare, alla materia penale).

Quest'ultima, infatti, rappresenta l'oggetto di studio privilegiato del presente capitolo, soprattutto con riferimento ai "nuovi orizzonti" tracciati dal Giudice costituzionale sopra menzionati; pertanto, può risultare utile un'indagine intorno all'intreccio tra spazio discrezionale del legislatore e dichiarazione della sola incompatibilità della norma.

Secondo la dottrina maggioritaria, la discrezionalità del legislatore non può costituire un *topos* applicativo autonomo delle *Unvereinbarkeitserklärungen*[30].

Infatti, la sentenza di incompatibilità andrebbe a tutelare la sfera discrezionale del legislatore meno di quanto suggerisca[31] la consueta descrizione del suo ambito di applicazione da parte dello stesso *BVerfG*.

Se l'adozione di una *Nichtigkeitserklärung* non implica il mancato rispetto della sfera discrezionale dell'organo titolare del potere legislativo, poiché quest'ultimo può ripristinare la legalità violata scegliendo tra più opzioni legislative, il criterio in questione non potrebbe valere nel caso delle decisioni di incompatibilità, poiché il Parlamento è tenuto a seguire un "tracciato costituzionale" spesso già indicato dallo stesso *BVerfG*.

A tal proposito, si consideri quanto efficacemente messo in luce dalla dottrina italiana, secondo cui "viene da chiedersi se anche per la Germania – analogamente a quanto va affermando la dottrina italiana – abbia ancora senso continuare a discorrere teoricamente di rispetto delle prerogative del legislatore, laddove si consideri la portata sempre più pervasiva dei parametri di controllo delle scelte legislative, in particolare quello della ragionevolezza, che mette in dubbio la stessa permanenza di settori immuni dal controllo del giudice costituzionale"[32].

Tuttavia, è pur vero che la c.d. *Nachbesserungspflicht* promuove la discrezionalità del legislatore, obbligandolo ad intervenire secondo il proprio

30. Si veda in questo senso K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 299-300.

31. K. GRASSHOF, § 78, in (a cura di C. Burkiczak, F. W. Dollinger, F. Schorkopf), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2015, Rn. 76.

32. Si veda G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e* Nachbesserungspflicht *nel controllo di costituzionalità*, cit., p. 387.

libero apprezzamento; non vi sarebbe, in quest'ottica, alcuna differenza tra la realizzazione di un'estensione della cerchia dei beneficiari di una disciplina legislativa a fronte di un intervento sulla norma dichiarata incompatibile e l'attuazione di tale estensione a fronte dell'annullamento della norma incostituzionale.

Per questa ragione è forse possibile catalogare la "discrezionalità legislativa" nel senso di un *topos* applicativo delle *Unvereinbarkeitserklärungen* di carattere "spurio", che funge da "clausola generale", poiché spesso utilizzata come clausola di stile[33] da parte del *BVerfG*.

2.1. *Il* BVerfG *e il diritto penale. Alcuni casi emblematici*

Il legame esistente tra le *Unvereinbarkeitserklärungen* e il diritto penale svolge un ruolo importante ai fini di una possibile riflessione sul ripristino della legalità costituzionale e, allo stesso tempo, della tutela della discrezionalità del legislatore.

Si tratta, in effetti, di una riflessione sottesa anche – e soprattutto – alla *ratio* della c.d. incostituzionalità prospettata utilizzata nella materia penale, finalizzata a salvare il sindacato di legittimità costituzionale e, al contempo, la sfera discrezionale del legislatore.

Come segnalato dalla dottrina tedesca, infatti, il diritto penale è "rigorosamente determinato dalla legge sulla base dei principi dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali"[34].

Eppure, per tutelare il bene giuridico corrispondente al benessere comune, il *BVerfG* ha ordinato, nel contesto della scelta della variante decisionale delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, l'applicazione di discipline di natura provvisoria, facendo così discutere la dottrina sull'eventuale patologia intercorrente tra un Tribunale costituzionale "eccessivamente" interventista e poco rispettoso del principio del *nulla poena sine lege* e un legislatore svestito della propria funzione[35].

Infatti, le disposizioni transitorie introdotte dal Tribunale costituzionale federale sarebbero qualificabili nel senso di un diritto di natura giurispru-

33. Cfr. G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e* Nachbesserungspflicht *nel controllo di costituzionalità*, cit., p. 167.

34. H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, cit., Rn. 218 a.

35. Cfr. S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 168.

denziale[36], e, pertanto, non soddisfano il requisito dell'intervento legislativo laddove necessario per quanto riguarda la materia penale.

Fatta tale premessa, in vista della successiva indagine delle – analoghe – pronunce costituzionali annoverabili nel c.d. schema Cappato, si analizzeranno nel dettaglio, nel proseguo, le più rilevanti *Unvereinbarkeitserklärungen* adottate nella materia penale.

Il 10 febbraio 2004[37] il Tribunale costituzionale tedesco ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di due leggi in tema di detenzione di soggetti psichiatrici autori di reati particolarmente pericolosi (la bavarese *BayStrUBG* e la *UnterbringungsG – UBG* del *Land Sachsen Anhalt*), in quanto tali norme ledevano la competenza legislativa concorrente in materia penale di cui all'art. 74 della *Grundgesetz.*

Il *BVerfG* ha adottato la tecnica decisionale della *Unvereinbarkeitserklärung* integrata dall'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile (c.d. *Weitergeltungsanordnung*) in quanto, qualora fosse venuta meno la disciplina dichiarata incompatibile, sarebbe mancata del tutto una protezione efficace nei confronti di reati altamente pericolosi[38].

Per tale ragione, il Giudice costituzionale tedesco ha ritenuto di potere limitare per un periodo di tempo provvisorio la libertà personale dei soggetti interessati, non oltre il termine fissato, corrispondente al 30 settembre 2004.

In caso di mancato intervento da parte del legislatore, l'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile sarebbe venuto meno, non potendosi giustificare oltre il termine individuato la restrizione della libertà personale.

Interessante notare come la minoranza del Collegio giudicante abbia registrato nell'opinione dissenziente una gravosa lesione dell'utilizzo dello

36. Così S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 188.

37. *BVerfGE* 109, 190.

38. *BVerfGE* 109, 190 (238): "*Im Falle der Nichtigerklärung wäre die Entlassung aller auf der Grundlage der für nichtig erklärten Normen Untergebrachten unausweichlich. Damit müssten Personen in die Freiheit entlassen werden, für die auf der Grundlage von Gutachten zweier Sachverständiger konkret und individuell gerichtlich festgestellt ist, dass von ihnen eine gegenwärtige erhebliche Gefahr für das Leben, die körperlliche Unversehrtheit, die Freiheit der Person oder die sexuelle Selbstbestimmung anderer ausgeht. Angesichts der mit den gerichtlichen Unterbringungsentscheidungen erfolgten Konkretisierung und Individualisierung der festgestellten Gefahren anhand bestimmter Einzelfälle ist auch die Pflicht des Staates, die Bürger vor derartigen Gefahren zu schützen, über die allgemeine, nach Art und Intensität weitgehend in das politische Ermessen gestellte staatliche Verpflichtung zur Kriminalitätsbekämpfung hinaus konkretisiert und individualisiert*".

strumento penale quale *extrema ratio* e dell'integrità della riserva di legge, atteso che, nel caso in esame, il legislatore era il solo legittimato a stabilire autonomamente in che cosa fosse consistita la tutela della vita, l'autodeterminazione sessuale e l'incolumità fisica, non il *BVerfG*[39].

La *Fortgeltungsanordnung* in discorso costituisce una rilevante "novità" nel panorama della giurisprudenza temporalmente manipolativa tedesca[40].

In tema di misura di sicurezza detentiva preventiva il Tribunale costituzionale federale è intervenuto nel 2011[41] dichiarando incompatibili tutte le disposizioni del codice penale (*Strafgesetzbuch*) e della legge sul Tribunale dei minori (*Jugendgerichtsgesetz*) sull'imposizione e sulla durata della detenzione preventiva, in quanto lesive del diritto fondamentale alla libertà dei detenuti ai sensi dell'art. 2, secondo comma, alinea 2, della Legge Fondamentale (diritto alla libertà), in combinato disposto con l'articolo 104, primo comma, della Legge Fondamentale (restrizione della libertà).

Le disposizioni colpite dalla scure dell'illegittimità costituzionale non soddisfavano il requisito costituzionale di stabilire una distinzione tra la detenzione preventiva e le pene detentive (*Abstandsgebot*): "*the provisions do not satisfy the constitutional requirement of establishing a distance between preventive detention and prison sentences (Abstandsgebot)*"[42].

Inoltre, secondo il Tribunale costituzionale federale, le disposizioni relative all'espunzione con efficacia *ex tunc* del limite decennale previsto per il primo internamento a titolo preventivo e sull'imposizione retroattiva della detenzione preventiva per gli adulti e per i minori andavano a violare il precetto dello Stato di diritto della protezione dell'affidamento ai sensi dell'articolo 2, secondo comma, alinea 2, della Legge Fondamentale, in combinato disposto con l'articolo 20, terzo comma, della Legge Fondamentale[43].

Tuttavia, per evitare il vuoto normativo e per garantire i requisiti minimi costituzionali, il Tribunale costituzionale ha salvato, in via transitoria, la disciplina della custodia di sicurezza fino all'intervento legislativo, previsto entro il limite massimo del 31 maggio 2013.

Più precisamente, l'adozione della pronuncia di incompatibilità integrata dall'ordine di applicazione, in via transitoria, della norma dichiarata

39. Cfr. *BVerfGE* 109, 190, Rn. 190 ss.

40. Così K. F. GÄRDITZ, *Freiheitsentziehung durch das Bundesverfassungsgericht?*, cit., p. 695.

41. Cfr. la decisione del 4 maggio 2011 - 2 BvR 2365.

42. Cfr. il comunicato stampa in lingua inglese, *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2011/bvg11-031.html*.

43. "La legislazione è soggetta all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono soggetti alla legge e al diritto".

incompatibile, si spiega alla luce del timore, da parte del *BVerfG*, che gli effetti immediati della sentenza avrebbero privato di fondamento la custodia di sicurezza, in tal modo alterando il sistema del doppio binario e comportando la scarcerazione immediata di tutti gli internati; non solo, sarebbero sorte problematiche irrisolvibili in capo ai giudici, all'amministrazione e alla polizia.

Come ha rilevato la dottrina, nel periodo di vigenza transitoria della disciplina dichiarata incompatibile il Tribunale ha imposto, rivolgendosi ai giudici, un'interpretazione restrittiva della stessa, prevedendo: "a) il costante rispetto del principio di proporzione, evitando di sacrificare la libertà personale qualora non vi siano sufficienti esigenze di tutela della collettività; b) la limitazione dell'applicazione della *Sicherungsverwahrung* ai soli casi eccezionali; c) la presenza di un disturbo psichico dell'autore; d) la presenza di un alto grado di pericolo di commissione di gravi reati violenti e sessuali; e) un'attenzione particolare al momento della prognosi, nella formulazione della quale dovranno essere ricercati elementi concreti riferiti alla persona e alla sua condotta tali da far desumere la commissione di gravi reati"[44].

Più nello specifico, con riferimento alle disposizioni incompatibili con l'art. 2, secondo comma, alinea 2, della Legge Fondamentale, in combinato disposto con l'articolo 104, primo comma, della Legge Fondamentale, le norme incompatibili potevano essere applicate solo dopo un rigoroso controllo di proporzionalità, e in particolare nei casi di pericolo di commissione di reati.

Con riferimento alle disposizioni relative all'espunzione con efficacia *ex tunc* del limite decennale previsto per il primo internamento a titolo preventivo, nonché alla custodia di sicurezza postuma, illegittime anche per violazione della garanzia fondamentale della tutela dell'affidamento, la relativa applicazione doveva essere limitata agli autori affetti da un disturbo psichico e che avessero presentato un alto rischio di commissione di gravi reati violenti e sessuali.

Per il periodo di applicazione delle norme dichiarate incompatibili, il Tribunale costituzionale ha anche fornito indicazioni al legislatore sul "come" rimediare alla situazione incostituzionale.

Infatti, il legislatore è stato chiamato ad individuare e implementare le necessarie capacità del personale e ad attuare le misure richieste per la "separazione spaziale" dell'esecuzione delle misure di correzione e prevenzione e l'esecuzione delle pene detentive, oltre che a realizzare una

44. M. T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, cit., p. 38.

"concezione" della detenzione preventiva finalizzata alla risocializzazione dell'autore, e improntata ad un approccio terapeutico conforme ai criteri di esecuzione menzionati dalla legge del 2010 sull'internamento terapeutico.

Con riferimento alla legge sull'archivio antiterrorismo (l'archivio centrale che contiene i dati di potenziali terroristi forniti sia dalla polizia che dalle agenzie di *intelligence* del *Bund* e dei *Länder*, la c.d. *Antiterrordateigesetz - ATDG*), il Tribunale costituzionale federale, in occasione della decisione *BVerfG*, 1 BvR 1215/07 del 24 aprile del 2013, ha dichiarato incompatibili con la Legge Fondamentale alcune disposizioni della normativa in quanto in contrasto con il divieto di eccessi (*Übermassverbot*) e con il principio che esige la certezza e la determinatezza giuridica (*Bestimmtheitsgrundsatz*).

Secondo il *BVerfG*, l'adozione di una *Unvereinbarketserklärung* integrata dall'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile, viene in considerazione se l'invalidità immediata della disposizione contestata priverebbe di fondamento la protezione del (supremo) bene comune e qualora – a seguito di un bilanciamento tra diritti fondamentali – sia dimostrata la possibilità di applicare la norma incompatibile per un periodo transitorio.

Le disposizioni incompatibili potevano continuare ad essere applicate temporaneamente in considerazione dell'importanza dell'archivio antiterrorismo per la difesa contro il terrorismo internazionale.

La parte della disciplina dichiarata incompatibile poteva trovare applicazione fino al 31 dicembre 2014, data entro la quale il legislatore è stato chiamato a rimediare alla situazione legislativa incompatibile con la Legge Fondamentale.

Infine, nel 2016 il *BVerfG* è tornato ad affrontare il tema dei limiti alle investigazioni compiute con strumenti di sorveglianza occulta e in particolare dell'impiego di mezzi informatici che permettono l'acquisizione di dati "da remoto".

Con la decisione del 20 aprile 2016[45] è stata dichiarata l'incompatibilità di alcune disposizioni della legge federale denominata *Bundeskriminalamtgesetz – BKAG*, recante le norme che regolano i compiti e l'attività della forza di polizia federale (*Bundeskriminalamt – BKA*) e la cooperazione in materia penale tra i Governi statali e quello federale e con i Paesi terzi.

Secondo il *BVerfG* era incompatibile con la Legge Fondamentale la disciplina dei poteri investigativi, in quanto posta in violazione del principio di proporzionalità, "alla cui stregua va compiuto il bilanciamento tra poteri

45. La pronuncia in questione è stata commentata da M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., p. 23.

pubblici e prerogative individuali”. Tale disciplina avrebbe trovato applicazione fino al 30 giugno 2018; nel frattempo, il legislatore doveva realizzare un equilibrio tra il dovere dello Stato di proteggere la popolazione da gravi minacce, come quella terroristica, e la garanzia dei diritti fondamentali della persona all’inviolabilità del domicilio, alla segretezza delle comunicazioni, alla riservatezza ed all’integrità dei sistemi informatici.

3. La tecnica del rinvio al legislatore: l’incostituzionalità “prospettata”

La tecnica del rinvio al legislatore, “mai prima ipotizzata”[46] e definita uno strumento “di nuovo genere” dalla dottina[47], rappresenta, così avvicinandosi alla giurisprudenza costituzionale delle “rime possibili” che interessa il tracciato della dosimetria sanzionatoria, una forma di rottura, seppur in senso, per così dire, più lato, del *topos* classico delle rime obbligate: attraverso un allontamento del momento corrispondente all’adozione della declaratoria di incostituzionalità, posto ai confini (ma non al di là degli stessi) di quanto stabilito dall’art. 136 Cost.[48], il Giudice delle leggi invita il legislatore ad esercitare la propria discrezionalità legislativa entro un perimetro ben tracciato, non vincolandosi, nell’immediato, all’adozione di alcuna “rima”.

In effetti, come è stato scritto, la tecnica in questione “potrebbe rappresentare la prima applicazione di uno strumento caratterizzante un nuovo paradigma della giustizia costituzionale italiana”[49].

Chiarissima è la vicinanza alle decisioni di incompatibilità tedesche, che costituiscono uno strumento del tutto in linea con le più recenti esigenze della Corte costituzionale: “decidere di decidere” mediante delega al legislatore, così da prevenire lo sviluppo di due realtà distinte, di due “percorsi paralleli e separati”[50].

46. Cfr. A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il “caso Cappato”*, in *Consulta Online*, 3/2020, p. 549.

47. Così D. MAURI, *La prevista censura dell’ergastolo ostativo non andrà in onda: al suo posto, “un invito al legislatore”*, in *Sidiblog.org*, 27 maggio 2021.

48. Secondo I. ROBERTI, *I moniti “a termine” della corte costituzionale e le implicazioni sull’attività legislativa del parlamento*, in *Federalismi.it*, 17/2021, p. 178, sarebbe problematica la possibilità, da parte della Corte, di adottare pronunce caratterizzate dal rinvio al legislatore alla luce dell’interpretazione estensiva dell’art. 134 Cost. e dell’art. 136 Cost. e del restringimento dell’operatività dell’art. 28 della l. n. 87 del 1953.

49. Così A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Consulta Online*, 2/2021, p. 348.

50. Cfr. M. PICCHI, che indaga il rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento in M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel ri-*

In altri termini, in via di *extrema ratio*[51], alla luce di una persistente inerzia da parte del Parlamento e dell'esigenza di rimuovere il *vulnus* di legittimità costituzionale, la Corte costituzionale potrebbe esercitare quello che è stato definito un codice deontologico[52].

Ebbene, le rime obbligate, ad oggi, sembrerebbero mantenere "la loro funzione originaria nel caso di soluzione costituzionalmente necessitata, mentre, al contrario […]" sembrerebbero cedere il passo "qualora si tratti di diritti fondamentali ed esista una soluzione 'adeguata', ma soprattutto il legislatore sia stato 'avvertito' della necessità di intervenire attraverso una precedente pronuncia monitoria e, ciò nonostante, sia rimasto inerte"[53].

Ad oggi, nel novero della tecnica del c.d. rinvio al legislatore rientrano l'ord. n. 207 del 2018, l'ord. n. 132 del 2020 e l'ord. n. 97 del 2021[54] e, seppur secondo una modalità peculiare, anche l'ord. n. 122 del 2022.

Interessante notare che le pronunce in questione sono state adottate nella materia penale: il perno attorno al quale esse ruotano è proprio la ridefinizione, in una materia così delicata, dello spazio di discrezionalità del legislatore, e, quindi del suo "privilegio" nel contesto di un giudizio che non si chiude nell'immediato, ma che esige, per potersi definire, un tempestivo riscontro da parte del Parlamento.

Secondo parte della dottrina, sarebbe opportuno individuare un rinvio connotato da un "tempo" che possa dirsi costituzionalmente obbligato[55], in quanto, altrimenti, si verficherebbe una sovrapposizione tra "*gubernaculum*" e "*iurisdictio*": la dimensione temporale dell'illegittimità costituzionale, stabilita discrezionalmente dal Giudice delle leggi nel suo giudizio

spetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale, cit., p. 1421.

51. Con riferimento alla tecnica del rinvio al legislatore, la dottrina si è chiesta se si tratta di una "soluzione eccezionale per situazioni eccezionali" oppure di una "soluzione destinata ad affermarsi come uno strumento di utilizzo normale, per tutte quelle situazioni in cui un problema di costituzionalità certamente sussiste, ma la sua soluzione richieda un intervento attivo del legislatore"? Così M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Rivista AIC*, 5/2020, p. 122.

52. S. B. TAVERRITI, *Norme esimenti e aiuto al suicidio: dalle rime liberate alla metrica della dommatica*, in *Legislazione penale*, 2021, p. 4, nota n. 7.

53. Così D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 6/2020, p. 257.

54. Secondo Pinardi le tre pronunce appena menzionate rappresentano una forma di modulazione degli effetti nel tempo. Così R. PINARDI, *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 52, 57.

55. Cfr. I. ROBERTI, *I moniti "a termine" della corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del parlamento*, cit., p. 179.

di “ottemperanza”[56], potrebbe “includersi nell’ambito delle esigenze di normazione”[57].

Ebbene, tale intreccio, a parere di chi scrive, risale agli esordi della giustizia costituzionale, ove la dimensione temporale del giudizio della Corte si combina con la dimensione temporale dell’attività legislativa al fine di evitare che “la materia regolata dalla legge annullata non resti priva di una disciplina per un tempo relativamente lungo”[58].

In un’ottica comparata, la Corte costituzionale austriaca, che utilizza lo strumento dell’apposizione del termine – costituzionalizzato all’art. 140 della Costituzione – qualora potrebbero verificarsi “lacune politicamente gravi”[59] in seno all’ordinamento giuridico, può stabilire quando fissare il termine, purché esso non superi i 18 mesi dall’adozione della pronuncia.

Anche il *BVerfG* sollecita il legislatore ad intervenire proponendo diverse opzioni legislative: l’incursione nel profilo temporale dei lavori parlamentari costituisce un elemento che potrebbe dirsi, talvolta, costitutivo del potere di rinvio del Tribunale costituzionale tedesco.

In altre parole, la necessità di intervenire sul vizio di legittimità spinge il *BVerfG*, al di fuori di qualsivoglia positivizzazione sul piano costituzionale, a coordinarsi con il Parlamento: lo strumento più adatto è quello di una tipologia decisionale che agisca sul tempo, così da strutturare al meglio la cooperazione finalizzata alla rimozione del vizio di legittimità costituzionale[60].

A ben vedere, la c.d. *Fristsetzung* non sembra interferire con il “privilegio del legislatore”, in quanto la scelta della modalità effettiva di intervento sulla discplina spetta soltanto ad esso.

Si pensi, ad esempio, alla commentata sent. n. 41 del 2021, o, ancora all’ord. n. 207 del 2018, n. 132 del 2020 e n. 97 del 2021.

È ben vero che è soltanto il legislatore a poter decidere sulla propria tempistica in punto di normazione; tuttavia, allorché una disciplina risulti essere manifestamente contraria al dettato costituzionale, il tempo di adeguamento alla Costituzione può conoscere una qualche forma di indi-

56. Come posto in evidenza dall’interessante tesi di Matteoni, che rapporta lo schema decisionale in esame al giudizio costituzionale di ottemperanza, in A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Consulta Online*, 2/2021.

57. Così I. ROBERTI, *I moniti “a termine” della corte costituzionale e le implicazioni sull’attività legislativa del parlamento*, cit., p. 180.

58. K. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 198.

59. B. CARAVITA, *Corte “Giudice a quo” e introduzione del giudizio sulle leggi, Vol. I, La Corte costituzionale austriaca*, cit., p. 136.

60. Come si vedrà, la ricerca di un tempo “coordinato” è rinvenibile nell’ord. n. 122 del 2022.

rizzamento e di definizione, poiché il bene giuridico da tutelare, cioè gli *iura* nelle possibili declinazioni rinvenibili nel caso concreto sottoposto al giudizio della Corte, non sembra possano, talvolta, conoscere una forma di tutela condizionata all'intervento (pure eventuale!) del legislatore.

Come è stato ben posto in evidenza, la sovranità "non si esprime più solo attraverso la via della rappresentanza parlamentare, ma, come ricorda l'art. 1, comma 2, della Costituzione, anche mediante gli approdi irretrattabili della Carta fondamentale, soprattutto in termini di libertà fondamentali della persona"[61].

Ancora, per la Corte costituzionale, la "delega" al Parlamento sembrerebbe rappresentare la più efficace garanzia di conformità allo spirito democratico e al riparto delle competenze riveniente dall'ordinamento costituzionale[62].

Anche le decisioni di incompatibilità si caratterizzano proprio per la determinazione, in capo al legislatore, di un obbligo di riforma della norma dichiarata incompatibile[63] fondato sul principio democratico statuito all'art. 20 I della Legge Fondamentale.

Ancora, tale obbligo risiede nel principio dello Stato di diritto e nel legame esistente tra organo legislativo e Costituzione[64].

Infine, il "comando di riforma" (*Reformgebot*), finalizzato, come nell'ordinamento austriaco[65], all'attenuazione dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità, sussiste in capo al legislatore a partire dall'adozione della sentenza: l'incostituzionalità deve essere rimossa "al più presto", "subito" o "senza esitazione".

61. A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, cit., p. 377.

62. Come riportato da F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n. 132 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 27/2020, p. 218. Sul raccordo tra Parlamento e Corte costituzionale rispetto, nello specifico, al caso "Cappato" si veda: E. GROSSO, *Il "rinvio a data fissa" nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* in *Quaderni costituzionali*, 3/2019, G. BRUNELLI., *Imparare dal passato: l'ord. n. 207/2018 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in *www.forumcostituzionale.it*, 28 giugno 2019; A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo l'ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *www.forumcostituzionale.it*, 27 maggio 2019. Si veda, ancora, J. LUTHER, *Corte "incappata"?* in *www.forumcostituzionale.it,* 3 luglio 2019 e F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *www.forumcostituzionale.it*., 5 giugno 2019.

63. K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 309.

64. C. MAYER, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, Nomos, Baden-Baden, 1996, pp. 140-150.

65. Sulla c.d. *Fristsetzung* cfr. B. CARAVITA, *Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi, Vol. I, La Corte costituzionale austriaca*, cit., pp. 134-137.

Si è detto che lo spostamento del momento del "decidere" può effettuarsi da parte della Corte costituzionale senza alcuna problematica in punto di rispetto della "legalità processuale formale"[66]: di fatto, il Giudice delle leggi si limita a rinviare l'udienza[67].

Invece, il *Frist* "tedesco" viene fissato a valle della declaratoria di incompatibilità, cioè al di là dell'accertamento dell'incompatibilità della norma.

Nel primo caso, quindi, il termine conosce una forma di utilizzo *endoprocessuale*, nel secondo caso, invece, esso è *extraprocessuale*.

Proprio per questa ragione, come è stato affermato, potrebbe essere auspicabile una regolamentazione del termine nel novero delle norme integrative[68].

Non sarebbe necessario procedere alla modifica della disciplina degli effetti nel tempo, in quanto, come si è già avuto modo di porre più volte in evidenza, lo spostamento nel futuro dell'udienza davanti al Giudice costituzionale non rappresenta una forma di modulazione degli effetti nel tempo della declaratoria di incostituzionalità.

A proposito della recente prassi giurisprudenziale in punto di rinvio, pare interessante segnalare come la Corte costituzionale non sembrerebbe avere adottato un criterio chiaro di enucleazione delle ipotesi per le quali procedere a tale tecnica.

In effetti, non si capisce come mai il Giudice delle leggi abbia deciso di declinare l'utilizzo della tecnica del rinvio per opzionare quella "classica" della declaratoria di inammissibilità combinata al monito in occasione, ad esempio, delle sentt. nn. 32 e 33 del 2021 o, ancora più di recente, in occasione della sent. n. 22 del 2022 in tema di REMS, ove la Corte costituzionale ha affermato, nonostante la chiara incompatibilità della previsione dell'estromissione del ministro della Giustizia da ogni competenza in materia di REMS con l'art. 110 Cost., che "l'integrale caducazione del sistema delle REMS, che costituisce il risultato di un faticoso ma ineludibile processo di superamento dei vecchi OPG" avrebbe determinato "un intol-

66. Cfr. A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, cit., p. 360.

67. A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, cit., p. 549.

68. Si tratta di una tesi suggestiva e interessante avanzata da A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, cit., p. 360, che propone anche una modifica per via legislativa a causa della necessità di contemperare le necessità di tempo del Parlamento con l'esigenza di un celere ripristino della legalità costituzionale.

lerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, ma anche un risultato diametralmente opposto a quello auspicato dal rimettente, che mira invece a rendere più efficiente il sistema esistente, mediante il superamento delle difficoltà che impediscono la tempestiva collocazione degli interessati in una struttura idonea"[69].

L'esigenza di regolamentazione del tema relativo alla PMA per coppie di donne e alla GPA per coppie di uomini, su cui sono state chiamate a occuparsi le pronunce appena menzionate, potrebbe, infatti, porsi a fondamento della "messa in mora del Parlamento"; in effetti, il "giudizio di ottemperanza" potrebbe essere stato scartato, forse, alla luce del peculiare contesto in cui le due pronunce si sono inserite, connotato dalla pandemia e dalla conseguente crisi economica e sociale[70].

A ben vedere, però, il consolidando strumento del rinvio dovrebbe essere sorretto da solide motivazioni: sembrerebbe, infatti, che vi sia la necessità di "chiarezza sui presupposti che giustificano il superamento della discrezionalità legislativa e sul conseguente impiego di quelle tecniche di giudizio", così da comprendere, ad esempio, come mai lo "strumento debole" sia "stato impiegato in riferimento a diritti primari del minore"[71].

D'altra parte, potrebbe essere opportuno che la Corte, sulla scorta della prassi del *BVerfG*, indicasse ogniqualvolta ritenesse di adottare una pronuncia di inammissibilità le ragioni sottese alla stessa e, soprattutto le ragioni che l'hanno condotta a rinunciare alla decisione "a due tempi" di rinvio al legislatore[72].

3.1. *L'ord. n. 207 del 2018: un'incostituzionalità prospettata molto simile alla tecnica della* Unvereinbarkeitserklärung *in materia di aiuto al suicidio*

Come oramai noto, con l'ord. n. 207 del 2018 la Corte costituzionale è intervenuta sul terreno del suicidio assistito del malato che versa

69. Cfr. Cons. in dir. p.to 6.

70. Si veda sempre A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, cit., p. 371.

71. A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, cit., p. 552.

72. Cfr. ancora l'interessante tesi di A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, cit., p. 552.

in sofferenze eccezionali nella fase terminale e che è consapevole di non poter più proseguire la propria vita[73], così inaugurando una "strada nuova e coraggiosa"[74] attraverso la tecnica del rinvio al legislatore, descritta dai primi commentatori come un modello decisionale "dai tratti "dai tratti complessivi peculiari e idoneo a produrre un effetto imprevedibile"[75].

L'oggetto della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Appello di Milano era l'art. 580 c.p., comma 1 (*Istigazione o aiuto al suicidio*)[76], incriminante con la pena alla reclusione da 5 a 12 anni la condotta di chi "determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione", così prevedendo sotto il cappello del "medesimo illecito figure estremamente eterogenee"[77].

In occasione dell'adozione dell'ord. n. 207 del 2018, la Corte costituzionale ha "salvato" l'art. 580 c.p., osservando l'impossibilità di dubitare "che l'art. 580 cod. pen. – anche nella parte in cui sottopone a pena la coo-

73. Per una descrizione dei fatti si veda M. D'AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del* caso Cappato, in *Giurisprudenza Penale*, 2017, p. 12.

74. Si veda C. CUPELLI, *Il Caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Penale Contemporaneo*, 2018; si tratta, in effetti, di una pronuncia "che non ha precedenti nella ultrasessantennale giurisprudenza costituzionale", così U. ADAMO, *La Corte è 'attendista'… "facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale". Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018*, in *forumcostituzionale.it*, 2018, p. 1. In senso fortemente critico rispetto all'impianto dell'ordinanza in commento si veda la dottrina di Ruggeri, secondo il quale "quando ci si infila in un tunnel, non è affatto detto che si riesca alla fine a vedere la luce"; cfr. A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. 2017 del 2018)*, in *Consulta Online*, 1/2019, p. 111.

75. Così A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. 2017 del 2018)*, cit., p. 92. Si tratta, ad esempio, di quello che interessa la sorte della norma oggetto, del tutto inconferente rispetto a quanto prescritto dalla disciplina relativa agli effetti della sentenza di accoglimento. Sul punto si veda l'interessante disamina di G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Diritti Fondamentali*, 1/2019, pp. 3-5.

76. Per una disamina dell'articolo si veda, fra gli altri, M. D'AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del* caso Cappato, cit., pp. 4-7. Si veda anche I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio, dal Codice Rocco alla Carta Costituzione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Giurisprudenza Penale*, 2018, pp. 6-8.

77. Cfr. F. PARUZZO, *Processo Cappato, tra diritto di morire e reato di aiuto al suicidio: la questione è rimessa alla Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2018, p. 7.

perazione materiale al suicidio – sia funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento"[78].

Infatti, secondo il Giudice costituzionale la censura relativa all'art. 580 c.p. non poteva essere condivisa "nella sua assolutezza": granitica è l'affermazione per cui "l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione"[79].

L'*iter* argomentativo della Corte costituzionale si sofferma in primo luogo sul mancato contrasto dell'art. 580 c.p. con l'art. 2 Cost. e l'art. 2 CEDU, in quanto da essi "discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire"[80].

Peraltro, il combinato disposto di cui agli artt. 2 e 13 Cost., primo comma, da cui è possibile fare discendere il diritto all'autodeterminazione individuale, "riferibile anche al bene della vita"[81], non sarebbe leso dalla vigenza nell'ordinamento dell'art. 580 c.p.

D'altra parte, la dichiarazione di incostituzionalità della norma vanificherebbe la *ratio* (essenziale) della disposizione penale, cioè quella di tutelare le persone in particolare difficoltà, peraltro coerente con il nobile compito della Repubblica di "porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)"[82].

Anche l'art. 8 CEDU non viene violato, e ciò in ragione del fatto che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento, sottolineando come incriminazioni generali dell'aiuto al suicidio siano presenti nella gran parte delle legislazioni degli Stati membri.

Tanto premesso, il Giudice delle leggi riconosce di non potersi allontanare dalla realtà dei fatti, alla luce di situazioni "inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta"[83].

La Corte costituzionale dichiara quindi, nella prima parte della motivazione, la piena legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.[84].

78. Cfr. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 6.
79. Cfr. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 8.
80. Cfr. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 5.
81. Cfr. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 6.
82. Cfr. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 6.
83. Cfr. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 8.
84. Sulla giustificazione della norma censurata si veda P.F. BRESCIANI, *Termini di giustificabilità del reato di aiuto al suicidio e diritti dei malati irreversibili, sofferenti,*

Nella seconda parte[85], invece, il Giudice delle leggi dichiara di riscontrare un *vulnus* rispetto a specifiche situazioni[86].

Di qui, l'inesistenza di una copertura costituzionale volta a fornire tutela a quella categoria di individui come Dj Fabo che sia: (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Eppure, a fronte del riscontrato *vulnus* non si ritiene di potere "porre rimedio, almeno allo stato, a traverso la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte"[87], dal momento che la Corte ravvisa la necessità di precludere con fermezza tutti i possibili abusi che possano verificarsi "in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale"[88], in special modo ove sia chiamata a giudicare della legittimità costituzionale di una "disposizione di carattere penale"[89].

Inoltre, prosegue la Corte, la regolamentazione della materia necessita di scelte discrezionali che non possono in alcun modo competere al Giudice delle leggi ma che necessitano, invece, dell'intervento del legislatore[90].

Si tratta, in definitiva, di "delicati bilanciamenti" che spettano al legislatore, così come posto in evidenza anche nell'ord. n. 132 del 2020 e nell'ord. n. 97 del 2021.

non autonomi, ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli (Nota a Corte cost., ord. n. 207/2018), in *forumcostituzionale.it*, 2018, pp. 7-8.

85. La suddivisione tra prima e seconda parte della motivazione appartiene a M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *forumcostituzionale.it*, 2018, pp. 3-8; in senso analogo si veda G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Palamento di legalizzare il suicidio assistito?*, cit., pp. 16-19.

86. È stato scritto che "la Corte ha obbedito all'imperativo giuridico e morale di far cessare un'ingiustizia derivante da un anacronismo storico e culturale […]". Così G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit., p. 11.

87. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 10.

88. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 10.

89. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 10.

90. Si pensi, come affermato dalla Corte costituzionale, all'introduzione di una "disciplina ad hoc per le vicende pregresse", oppure ancora all'adozione di opportune cautele finalizzate ad evitare che non vi sia alcuna rinuncia a garantire al paziente l'accesso alle cure palliative a fronte della somministrazione di farmaci "in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente". Cfr. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 10. Per alcune riflessioni sulla natura dell'ordinanza Cappato cfr. C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 6/2019.

Il *deficit* di copertura costituzionale viene spiegato dalla Corte costituzionale anche alla luce del fatto che la legislazione in vigore non consentiva a chi versasse nelle condizioni in cui si trovava Dj Fabo di potere accedere alla morte ad opera di un medico; eppure, osserva la Corte, è facilmente comprensibile il fatto che "se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza [...] non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri [...][91], e che pertanto il divieto assoluto di aiuto al suicidio determina una compressione della libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie.

Tanto premesso, la Corte costituzionale evidenzia la rottura che la tecnica decisionale in discorso rappresenta rispetto alla giurisprudenza costituzionale anteriore[92], dichiarando come, in situazioni analoghe, avrebbe proceduto all'adozione di una pronuncia di inammissibilità per discrezionalità del legislatore; invece, nel caso di specie, il Giudice delle leggi ha riconosciuto l'illegittimità dell'art. 580 c.p., differendo nel futuro la relativa declaratoria[93].

La tecnica adottata è stata resa possibile grazie all'attivazione dei "propri poteri di gestione del processo costituzionale"[94].

Pare interessante segnalare che tale formula non ricorre dell'ord. n. 132 del 2020, ma solamente nell'ord. n. 97 del 2021[95].

Autorevole dottrina ha qualificato l'"ordinanza Cappato" proprio nel senso di un nuovo tipo di decisione, di una nuova e complessa[96] categoria, tramite la quale si assiste al solo riconoscimento e (non ancora) alla dichiarazione della parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.[97].

91. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 9.

92. Secondo Ruggeri, l'ordinanza si colloca oltre i poteri di gestione del processo costituzionale "ammissibili"; così A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. 2017 del 2018)*, cit., pp. 108-112.

93. Così M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione Giustizia*, 2018.

94. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 11.

95. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 11.

96. In dottrina si è fatto riferimento all'ordinanza n. 207 come di un ircocervo; cfr. A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 208 sul caso Cappato)*, in *Consulta Online*, 3/2018.

97. Cfr. C. CUPELLI, *Il Caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, cit. Basti considerare che la Corte costituzionale non

Quello che colpisce del nuovo strumento adottato consiste nel correlato avvio di quello che è stato definito un "dialogo"[98] con il Parlamento, innescato dall'auspicio della Corte costituzionale di uno "spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale"[99] ove lo spazio discrezionale di cui quest'ultimo è titolare sembra costituire la premessa logica della previsione del termine, corrispondente al 24 settembre 2019, contenuto nell'ordinanza.

Come ha affermato la dottrina, le decisioni di incompatibilità "sono l'evidente modello della nostra ordinanza ad incostituzionalità differita"[100].

Si è altresì precisato che le ragioni alla base di una simile scelta "tecnica" sono dipese dal timore che a fronte della estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale nelle ipotesi indicate dal Giudice costituzionale si potessero verificare possibili abusi.

A tal proposito, l'argomento delle conseguenze giuridiche che fonda le *Unvereinbarkeitserklärungen* pare simile.

Onde evitare, infine, la (possibile) applicazione della norma che è stata accertata essere incostituzionale, al giudice *a quo* è stato imposto di sospendere il processo in attesa della riassunzione del processo costituzionale, data calendarizzata il 24 settembre 2019; allo stesso modo agli *altri* giudici è stato imposto di non fare applicazione della disposizione "*in parte qua*".

ha rinviato l'udienza, ma, piuttosto, ne ha fissato una nuova. Così U. ADAMO, *La Corte è 'attendista'… "facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale". Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018*, cit., p. 3.

98. Cfr. C. CUPELLI, *Il Caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, cit.

99. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 11.

100. Così M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, cit. In questo senso anche C. CUPELLI, *Il Caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, cit. Si veda anche M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, cit., p. 7 e A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 208 sul caso Cappato),* cit., p. 575. Sulle *Unvereinbarkeitserklärungen* si veda M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., pp. 21-26; ancora, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., pp. 39 ss. Si rinvia, inoltre, se si vuole, a N. FIANO, Il Bundesverfassungsgericht *e l'arte di differire gli effetti 'finanziari' delle proprie decisioni nel tempo*, cit., pp. 3-11.

Non è la prima volta che il Giudice delle leggi rinvia al modello tedesco qualora si ritenga legittimato a gestire *extra ordinem* il proprio processo costituzionale, così andando anche a toccare gli effetti delle proprie decisioni; si veda in tal senso, come si precisava, anche la sent. cost. n. 10 del 2015, Cons. in dir. p.to 7. Sul punto, M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, cit., pp. 11-12.

Come si è già avuto modo di vedere, a seconda del "seguito giurisdizionale" alla pronuncia di incompatibilità tedesca è possibile suddividere la decisione di incompatibilità in tre varianti[101].

Quella che più interessa rispetto all'ordinanza n. 207 è la dichiarazione di incompatibilità pura, in quanto, similmente a quanto accade in seguito all'adozione di quest'ultima, il giudizio *a quo* viene sospeso, e, al tempo stesso, in tutti i casi ancora pendenti la norma non può divenire oggetto di applicazione fino al futuro intervento "correttivo" del legislatore (c.d. *Nachbesserungspflicht*).

In definitiva, il modello tedesco della decisione di incompatibilità pare trasparire, per la prima volta, dalla struttura e dalla *ratio* della tecnica adottata dal Giudice delle leggi, laddove, invece, a proposito di modelli di giustizia costituzionale stranieri, è evidente – nonché segnalato *expressis verbis* – il parallelismo che è stato istituito con la Corte Suprema del Canada[102] e con la Corte Suprema inglese[103].

3.2. *Un legislatore inerte: la sent. n. 242 del 2019 e l'illegittimità costituzionale dichiarata a fronte dell'inerzia del legislatore*

In occasione dell'adozione della sent. n. 242 del 2019, la Corte costituzionale ha risposto a "se stessa", cioè all'ord. n. 207 del 2018.

Come noto, con la "doppia pronuncia" in commento il Giudice delle leggi ha accolto, come da dispositivo, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. "nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli,

101. Ci si riferisce alla decisione di incompatibilità pura, a quella contraddistinta dall'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile e a quella integrata da discipline transitorie individuate dallo stesso Giudice delle leggi.

102. Con riferimento alla sentenza 6 febbraio 2015, Carter contro Canada, 2015, CSC 5.

103. Corte Suprema del Regno Unito, sentenza 25 giugno 2014, Nicklinson e altri, [2014] UKSC 38).

sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente" poiché in contrasto con gli artt. 2, 13, 32, secondo comma, Cost[104].

Parte della dottrina ha qualificato la pronuncia in questione come una conferma della rivendicazione da parte della Corte costituzionale "di quella che fino ad oggi si chiamava la sfera riservata agli apprezzamenti discrezionali […] del legislatore"[105]. In effetti, il Giudice delle leggi, alla luce dell'assenza dell'approvazione di una normativa in materia nelle more della nuova udienza, ha ritenuto di dovere prevalere sulla discrezionalità del legislatore per garantire la legalità costituzionale[106], ponendo rimedio ai – già riscontrati – *vulnera* costituzionali "evitando al contempo vuoti di tutela per i valori protetti conseguenti a una declaratoria secca di illegittimità dell'art. 580 c.p."[107].

Come evidenziato dalla dottrina, il Custode delle leggi ha enucleato per il periodo successivo alla pubblicazione della stessa pronuncia costituzionale e in attesa dell'intervento del legislatore[108], ad oggi non ancora realizzatosi, "requisiti procedimentali" qualificabili come "condizioni per la non punibilità dell'aiuto al suicidio prestato a favore di persone che versino nelle situazioni indicate […]"[109] *altri* rispetto a quelli già previsti nell'ord. n. 207 del 2018.

Si tratta, come noto, della verifica delle condizioni e delle modalità di esecuzione, che deve essere posta in essere da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale.

Non solo, si rende necessario il "previo parere del comitato etico territorialmente competente"[110].

104. Sul fallimento del raccordo tra Corte costituzionale e Parlamento rispetto al c.d. caso Cappato cfr. P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 28 giugno 2019.

105. Cfr. A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannuziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019*), in *Giustizia Insieme*, 2020, p. 2.

106. Cfr. Cons. in dir. p.to 4.

107. Così C. CUPELLI, *Il Parlamento* decide di non decidere *e la Corte costituzionale* risponde a se stessa, in *Sistema Penale*, 12/2019, pp. 41-42.

108. Sul rapporto tra Corte costituzionale e legislatore nell'attesa dell'intervento di quest'ultimo cfr. B. LIBERALI, *L'aiuto al suicidio "a una svolta", fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *Diritti Comparati*, 2019.

109. Cfr. Cons. in dir. p.to 7.

110. Cfr. Cons. in dir. p.to 8.

In buona sostanza, nella "seconda pronuncia" del meccanismo sotteso al nuovo modello di "doppia pronuncia", la Corte costituzionale, nello sfumare "la precisione del precetto penale"[111], ha previsto ulteriori requisiti per disegnare la legittimità dell'aiuto al suicidio, con ciò ridimensionando, sul piano del diritto sostanziale, la sfera della dignità del singolo, posta invece in evidenza in occasione dell'ord. n. 207 del 2018[112].

Al di là dei profili sostanziali, quello che maggiormente interessa porre in evidenza nella presente sede è che il Giudice delle leggi, similmente a quanto accade nell'ordinamento tedesco, ha assunto le vesti del "signore del processo", superando le rime obbligate e facendo proprio "il criterio dell'interpretazione analogica"[113] per individuare le regole di fatto applicabili, indicando (al momento, con scarso successo) al legislatore veri e propro criteri direttivi.

3.3. *Una Corte costituzionale sempre più "alla tedesca"? Riflessioni alla luce dell'ord. n. 132 del 2020 sul carcere ai giornalisti…*

La (supposta) "eccezione" rappresentata dall'ord. n. 207 del 2018 sembrerebbe, conoscere, oggi, una forma di stabilizzazione[114].

Infatti, l'ord. (o sentenza, che dir si voglia[115]) n. 132 del 2020, spicca nel panorama della giurisprudenza costituzionale poiché idonea a rappresentare, seppur con qualche aggiustamento, una conferma dello schema "Cappato"[116].

111. Così M. D'AMICO, *Il fine vita davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, cit., pp. 293-297.

112. Così C. CUPELLI, *Il Parlamento* decide di non decidere *e la Corte costituzionale* risponde a se stessa, cit., p. 46. Dello stesso avviso M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra possibili profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, p. 292.

113. In questo senso C. MASCIOTTA, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni*, in *Consulta Online*, 1/2020, p. 69.

114. Cfr., sul punto, N. CANZIAN, *Un tentativo di dialogo che resta monologo: l'incostituzionalità rinviata a partire dal caso delle pene detentive per la diffamazione*, in *Diritti comparati*, 2021, p. 2.

115. Così come nell'ord. n. 207 del 2018, anche nel caso di specie il Giudice delle leggi ha suddiviso la pronuncia in "ritenuto in fatto" e "considerato in diritto".

116. In questo senso si veda G. L. GATTA, *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, in *Sistema Penale*, 2020; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *www.forumcostituzionale.it*,

La Corte costituzionale ha deciso, in occasione dell'ord. n. 132 del 2020, su due questioni sollevate dal Tribunale ordinario di Salerno, seconda sezione penale, con ordinanza iscritta al n. 140 del r.o. 2019, e dal Tribunale ordinario di Bari, prima sezione penale, con l'ordinanza iscritta al n. 149 del r.o. 2019.

La prima questione di legittimità costituzionale viene sollevata nell'ambito di un procedimento penale[117] sull'art. 595, terzo comma (*Diffamazione*) del codice penale e dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (*Disposizioni sulla stampa*) alla luce della previsione della pena alla reclusione, in via alternativa o cumulativa rispetto alla multa, di chi sia stato giudicato responsabile del delitto di diffamazione aggravata dall'uso del mezzo della stampa consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, in riferimento agli artt. 3, 21, 25, 27 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)[118].

Il giudice *a quo* ritiene soddisfatto il requisito dell'esistenza di un'interpretazione convenzionalmente orientata della norma che comporti l'illegittimità costituzionale, atteso che nell'ordinamento interno non sussiste un principio o una disposizione che tuteli un principio analogo a quello oggetto della CEDU; non solo, il rimettente deduce anche la soddisfazione del requisito della maggiore ampiezza della tutela offerta dalla CEDU al principio violato, rendendosi in tal modo doveroso l'ampliamento della tutela della disciplina nazionale.

Pertanto, se il principio sancito all'art. 10 della CEDU trova un principio e un diritto speculare nell'ambito dell'ordinamento italiano, che è quello relativo alla libertà di manifestazione del pensiero e di stampa ai sensi

2020 e A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consulta Online*, 2020.

117. Il giudice salernitano era stato chiamato a pronunciarsi, nello specifico, sulla responsabilità di un giornalista e del direttore responsabile della testata giornalistica.

118. L'art. 10 della CEDU recita così: "Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione".

2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

dell'art. 21 Cost., la giurisprudenza della Corte Edu formatasi sull'art. 10 CEDU deve essere utilizzata quale strumento di ampliamento e di adeguamento del diritto interno.

Nell'ottica della "violazione dei principi e prescrizioni della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà"[119], ritiene il giudice rimettente che sia soddisfatto anche il requisito relativo all'esistenza di una consolidata giurisprudenza della Corte Edu (di cui è stato recentemente espressione il caso Sallusti c. Italia[120]), nonché quello dell'assenza di principi interni che possano ritenersi prevalenti rispetto al diritto di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., il quale, conseguentemente, non può divenire oggetto di compressione, fatti salvi ovviamente, "i casi eccezionali"[121].

Prosegue il giudice *a quo* nel riportare le affermazioni della Corte Edu (causa Cumpana e Mazare c. Romania, n. 333488/96[122]) in punto di sanzioni nell'ambito dell'esercizio della libertà di espressione, così da addivenire alla conclusione per cui, appunto, "salvo i casi eccezionali", la previsione di una pena detentiva per i reati di diffamazione a mezzo stampa debba essere ritenuta non giustificata e sproporzionata.

Il rimettente solleva quindi d'ufficio questione di legittimità dell'art. 595, comma terzo, del codice penale, lamentando la lesione dei parametri 3, 21 e 25 Cost., poiché "la previsione – anche solo astratta – di una pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa sarebbe manifestamente irragionevole e totalmente sproporzionata rispetto alla libertà di manifestazione di pensiero, anche nella forma del diritto di cronaca giornalistica"[123].

Sarebbe leso, inoltre, l'art. 27, comma terzo, Cost., alla luce dell'evidente violazione della funzione rieducativa della pena.

Con analoghe argomentazioni viene censurato l'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, ad eccezione della previsione relativa alla alternatività tra pena pecuniaria e detentiva della fattispecie in questione[124].

119. Cfr. l'ordinanza di rimessione n. 140 del 2019, p.to 3.

120. Nonché, meno recentemente, la sentenza 24 settembre 2013, della Seconda Sezione, causa Belpietro c. Italia, ricorso n. 43612/10.

121. Ci si riferisce, stando alla giurisprudenza del Giudice europeo, alle ipotesi di gravi lesioni di ulteriori diritti fondamentali, quali, ad esempio, i discorsi d'odio e di istigazione alla violenza.

122. Come si vedrà, il Giudice delle leggi prenderà le mosse del suo ragionamento a partire dalla decisione in questione.

123. Cfr. l'ordinanza di rimessione n. 140 del 2019, p.to 5.

124. Cfr. M. PISAPIA, C. CHIERCHI, *Detenzione e libertà di espressione. Riflessioni sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione a mezzo stampa in occasione della pronuncia della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale*, 2020, p. 16.

Con riferimento alla seconda ordinanza di rimessione, nell'ambito di un procedimento penale il giudice barese solleva questione di legittimità costituzionale unicamente sull'art. 13 della legge n. 47 del 1948, nella parte in cui sanziona il delitto di diffamazione aggravata, commessa a mezzo stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, con la pena cumulativa della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a 258 euro, invece che in via alternativa, richiamando a sua volta la giurisprudenza della Corte Edu in tema di libertà di espressione[125].

La questione di legittimità costituzionale viene sollevata in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU.

Secondo il giudice rimettente, la configurazione della norma impediva al giudice la possibilità di operare la fondamentale distinzione tra "[…] i casi eccezionali di grave violazione di diritti fondamentali o di esternazioni di odio, discriminazione, anche sessuale e razziale, o istigazione alla violenza (cosi come esemplificate dalla Corte EDU), dalle diverse ipotesi in cui, in mancanza di tali circostanze eccezionali, l'irrogazione di una pena detentiva o anche solo la sua previsione come pena è stata ritenuta sproporzionata e quindi non necessaria, in una società democratica, e pertanto violativa dell'art. 10 CEDU"[126].

Interessante notare che il giudice barese rivolge al Giudice costituzionale, a margine dell'ordinanza di rimessione, la richiesta di adottare una pronuncia manipolativa del testo dell'aggravante così da rendere le pene in questione alternative[127].

Tale soluzione, secondo il giudice *a quo*, da un lato lascerebbe al giudice uno "[…] spazio discrezionale utile per conformare la decisione giurisdizionale nazionale ai principi dell'ordinamento CEDU in materia"[128], e, dall'altro, "[…] scongiura il rischio di una indebita intromissione nelle scelte politiche del legislatore […]"[129].

Tanto chiarito, gli atti di promovimento rappresentano, come correttamente affermato dalla dottrina, "l'epilogo di un ampio dibattito politico e giurisprudenziale – nazionale e sovranazionale – sul tema della compatibilità della pena detentiva con la libertà di espressione, così come intesa alla

125. Il giudice *a quo* richiama la sentenza 24 settembre 2013, della Seconda Sezione, causa Belpietro c. Italia, ricorso n. 43612/10, nonché la sentenza 8 ottobre 2013, della Seconda Sezione, causa Ricci c. Italia, ricorso n. 30210/06, e da ultimo la sentenza 7 marzo 2019, della Prima Sezione, causa Sallusti c. Italia, ricorso n. 22350/13.

126. Cfr. l'ordinanza di rimessione n. 149 del 2019, p.to 4.

127. Cfr. l'ordinanza di rimessione n. 149 del 2019, p.to 7.

L'invito in questione pare stimolare la Corte costituzionale a perseverare nella "nuova stagione" delle rime non costituzionalmente obbligate eppure non arbitrarie.

128. Cfr. l'ordinanza di rimessione n. 149 del 2019, p.to 7.

129. Cfr. l'ordinanza di rimessione n. 149 del 2019, p.to 7.

luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dell'interpretazione fornita dai Giudici di Strasburgo"[130].

Non è casuale il fatto che al Cons. in dir. p.to 7 dell'ordinanza in commento la Corte costituzionale abbia configurato quello che potrebbe essere definito, seppur con le dovute cautele, "l'impianto Cappato".

Se è vero, infatti, che la libertà di manifestazione del pensiero, "prima ancora che un diritto proclamato dalla CEDU"[131], costituisce un diritto fondamentalissimo, comprensivo della libertà di stampa nel suo "ruolo essenziale nel funzionamento del sistema democratico […]", risalta con altrettanta forza la necessità costituzionalmente fondata di bilanciare tale legittimo esercizio con "altri interessi e diritti, parimenti di rango costituzionale, che ne segnano i possibili limiti, tanto nell'ottica costituzionale quanto in quella convenzionale"[132].

Alla luce dell'esigenza di un (delicato) bilanciamento legislativo in materia, la Corte costituzionale ha rinunciato all'adozione di una pronuncia di natura manipolativa, così come richiesto dal giudice barese, preferendo a quest'ultima il consolidando schema della doppia pronuncia inaugurato nel caso Cappato[133], così percorrendo la "strada" delle rime "adeguate".

Nel caso di specie, però, la Corte costituzionale non ha optato per una "spallata" alle rime obbligate[134], non essendo stata indicata alcuna opzione specifica al legislatore[135].

È comunque vero che il Giudice delle leggi ha sollecitato il legislatore a sanzionare "con la pena detentiva le condotte che, tenuto conto del con-

130. Così M. PISAPIA, C. CHIERCHI, *Detenzione e libertà di espressione. Riflessioni sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione a mezzo stampa in occasione della pronuncia della Corte costituzionale*, cit., p. 1.

131. Cfr. Ord. n. 132 del 2020, Cons. in dir. p.to 7.1.

132. Cfr. Ord. n. 132 del 2020, Cons. in dir. p.to 7.2.

133. In questo senso si è espresso A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, cit., p. 406.

Per un inquadramento dell'innovativa pronuncia "Cappato" alla luce dell'evoluzione delle tecniche decisorie del Giudice delle leggi si veda M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019.

134. Sull'invasione nel campo delle *political question* da parte del Giudice costituzionale con specifico riferimento al caso Cappato si veda I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità: pars destruens e pars construens delle pronunce della Corte costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della ratio decidendi del caso Cappato*, cit., pp. 482-485.

135. Per una riflessione in tal senso alla sent. n. 242 del 2019 si veda F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle 'rime obbligate'? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Diritti Fondamentali*, 2020, pp. 657 ss.

testo nazionale, assumano connotati di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo, fra le quali si iscrivono segnatamente quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi d'odio"[136], stimolandolo al tempo stesso a ridisegnare, al di fuori di quello specifico spazio, un sistema di tutela dei diritti in gioco equilibrato, plausibilmente disciplinato dal ricorso a sanzioni penali di natura non detentiva, da rimedi civilistici e da "misure di carattere disciplinare"[137]: l'eventuale e possibile previsione da parte del legislatore di sanzioni penali a fronte di specifiche – nonché eccezionali – condotte, "potrebbe dunque porsi quale nuova disciplina aggiunta al dettato in vigore per il caso di totale inerzia"[138].

Il Giudice delle leggi traccia le coordinate essenziali della riforma che il legislatore dovrebbe porre in essere: da un lato, "individuare complessive strategie sanzionatorie in grado di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica", e, dall'altro, "assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività"[139].

In definitiva, però, il sollecito del Giudice delle leggi non pare assumere i connotati delle significative "linee guida" indicate al Parlamento in occasione dell'ord. n. 207 del 2018[140].

L'ord. 207 del 2018, come ampiamente sostenuto dalla dottrina[141] e come già scritto, presenta rilevanti similitudini con le *Unvereinbarkeitserklärungen*.

Anche l'ord. n. 132 del 2020, in quanto impostata sul modello "Cappato", presenta rilevanti similitudini con la tecnica delle decisioni di incompatibilità utilizzata con riferimento al topos applicativo del c.d. "*Rechtsfolgenargument*".

136. Cfr. Ord. n. 132 del 2020, Cons. in dir. p.to 8.

137. Cfr. Ord. n. 132 del 2020, Cons. in dir. p.to 8.

138. Così A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, cit., p. 406.

139. Cfr. Ord. n. 132 del 2020, Cons. in dir. p.to 8.

140. Cfr. Ord. n. 132 del 2020, Cons. in dir. p.to 8.

A conferma di quanto appena scritto, come noto, in occasione della sent. n. 242 del 2019, la Corte costituzionale si è richiamata puntigliosamente al perimetro tracciato nell'ord. n. 207. Cfr. M. D'AMICO, *Il 'fine vita' davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, p. 292.

141. Si veda, fra tutti, M. D'AMICO, *Il 'fine vita' davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019*, cit., p. 291.

Alla base dell'adozione del differimento dell'illegittimità costituzionale vi è infatti "il rischio che, per effetto della stessa pronuncia di illegittimità costituzionale, si creino lacune di tutela effettiva per i controinteressi in gioco, seppur essi stessi di centrale rilievo nell'ottica costituzionale (per analoghe preoccupazioni si veda l'ordinanza n. 207 del 2018)"[142].

Tuttavia, è pur vero che, nel caso di specie, la Corte costituzionale qualifica il futuro intervento del legislatore quale meramente "eventuale"[143], in tal modo manifestando un approccio più "cauto" e "accorto"[144] rispetto all'esperienza del caso "Cappato".

Nonostante la maggior cautela mostrata dal Giudice delle leggi, il legislatore assume comunque un ruolo da protagonista: infatti, nel garantire l'"effettività del controllo di costituzionalità"[145], la Corte "sconta necessariamente la limitatezza degli orizzonti del devolutum e dei rimedi a sua disposizione, che segnano il confine dei suoi poteri decisori"[146].

In buona sostanza, le possibilità di intervento del legislatore costituiscono la "risposta" alla questione di legittimità costituzionale.

In secondo luogo, emerge con forza la valorizzazione del (connesso) spazio discrezionale del legislatore.

Se infatti le *Unvereinbarkeitserklärungen* si qualificano non solo per l'esigenza di precludere la formazione di vuoti costituzionali a fronte dell'adozione della secca declaratoria di incostituzionalità, ma anche per la necessità di natura costituzionale di stimolare l'intervento legislativo a fronte di plurime opzioni di scelta[147], nel caso di specie la "leale collaborazione istituzionale" viene sollecitata non solo alla luce della vistosa inerzia del legislatore su una materia su cui da tempo si è pronunciata la Corte EDU[148], ma, espressamente, anche e soprattutto dinnanzi alla volontà di massimiz-

142. Ord. n. 132 del 2020, Cons. in dir. p.to 8.

143. Cfr. Cons. in dir. p.to 8.

144. Come si può evincere dal lavoro di A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, cit., p. 406.

145. Si veda S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020, p. 305.

146. Cfr. Ord. n. 132 del 2020, Cons. in dir. p.to 8.

147. K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, C. H. Beck, München, 2018, p. 322 e R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, cit., p. 285; ancora, si veda A. BURGHARD, *Das verfassungswidrige aber nicht nichtige Gesetz - ungültig aber wirksam?*, in *NJW*, 1998, p. 1264 e B. CARAVITA, *Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi, Vol. I, La Corte costituzionale austriaca*, cit., pp. 208-209.

148. Quanto appena scritto pare potersi confermare dall'impianto argomentativo della pronuncia in commento, il quale prende avvio proprio dall'enucleazione della giurisprudenza Edu rilevante in tema.

zare l'esercizio della discrezionalità legislativa a fronte dello "stimolo" rappresentato dall'esame parlamentare di molteplici progetti di legge.

Dichiara il Giudice delle leggi di ritenere opportuno, considerato "che vari progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa risultano allo stato in corso di esame avanti alle Camere […] in uno spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni, rinviare la decisione delle questioni ora sottopostele a una successiva udienza, in modo da consentire al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina in linea con i principi costituzionali e convenzionali sopra illustrati"[149].

Analogamente anche il Tribunale costituzionale tedesco, in occasione della nota pronuncia sulla *Grundsteuer*, non ha mancato di evidenziare le svariate possibilità di regolamentazione della disciplina dichiarata incompatibile facendo leva sui progetti di legge pregressi[150].

Suscita inoltre interesse l'individuazione del termine previsto dalla Corte costituzionale per perimetrare il rinvio.

Solitamente il *BVerfG* fissa il termine per il dovere di riforma da parte del legislatore[151] in coincidenza con la fine della legislatura[152] oppure non fa coincidere il termine con un accadimento istituzionale significativo ma ne evidenzia l'adeguatezza quanto alla quantificazione temporale[153].

Il caso specifico in esame, se letto in combinato disposto con l'ord. n. 207 del 2018, non permette di individuare "la coerenza complessiva delle quantificazioni operate nelle due fattispecie"[154]: pertanto, la tecnica

149. Cfr. Ord. n. 132 del 2020, Cons. in dir. p.to 8.

150. Cfr. *BVerfG*, 1 BvL 11/14 del 10 aprile 2018, Rn. 178.

151. L'obbligo di riforma della norma incompatibile da parte del legislatore tedesco non costituisce una conseguenza insita nella peculiare natura dell'illegittimità costituzionale, ma risiede in norme di natura primaria e anche (e soprattutto) nella Costituzione. Così C. MAYER, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, cit., pp. 140-150, secondo cui esso può essere dedotto dai diritti fondamentali, così come dal principio democratico statuito all'art. 20, par. 1 della Legge Fondamentale. Un'ulteriore fonte risiede nel principio dello Stato di diritto e nel legame esistente tra organo legislativo e Costituzione.

Sulla tempestività dell'intervento legislativo tedesco a fronte dell'adozione delle *Unvereinbareitserklärungen* si veda A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020, p. 16.

152. Sulla definizione della validità temporale del c.d. *Frist* si veda P. BENEDIXEN, *Weitergeltungsanordnungen von verfassungswidrigen Besteuerungen durch das BVerfG*, cit., p. 85; ancora, si veda M. T. RÖRIG, *Germania*, in "Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità", in *www.cortecostituzionale.it*, 2017, p. 53.

153. Cfr. la pronuncia del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, par. 169 -179.

154. Così, opportunamente, R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, cit., p. 205.

decisionale inaugurata dalla Corte costituzionale non presenta una chiara *ratio* in punto di identificazione del lasso di tempo a disposizione del legislatore.

Quanto alle differenze con la tecnica decisionale delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, occorre considerare che la dottrina italiana ha fatto riferimento allo schema "Cappato" nel senso di una tecnica decisionale aderente al concetto di "suprematismo giudiziario"[155], laddove la Corte costituzionale è chiamata a "sopperire all'inerzia o alle carenze degli organi titolari della funzione legislativa"[156].

Anche l'ord. n. 132 del 2020 sembra rientrare in tale logica, dal momento che il Giudice delle leggi afferma che "un simile bilanciamento [cioè quello sotteso alle norme del codice penale e in quelle della vigente legge sulla stampa, *ndr*] è divenuto ormai inadeguato, anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte EDU poc'anzi rammentata, che al di fuori di ipotesi eccezionali considera sproporzionata l'applicazione di pene detentive, ancorché sospese o in concreto non eseguite, nei confronti di giornalisti che abbiano pur illegittimamente offeso la reputazione altrui"[157].

L'esperienza tedesca, però, si caratterizza per una proficua collaborazione tra Parlamento e Tribunale costituzionale federale[158]; il primo diviene infatti destinatario del rinvio tipico delle *Unvereinbarkeitserklärungen* non in quanto "inerte", ma in quanto titolare di un potere legislativo che potrebbe astrattamente condurre a plurime opzioni legislative di riforma e la cui scelta non potrebbe che spettare ad esso[159].

In conclusione, la tecnica decisionale in esame sembrerebbe avvicinarsi ad una *Unvereinbarkeitserklärung* "morbida", in quanto contraddistinta in primo luogo dall'assenza dell'espressa menzione alla futura illegittimità costituzionale della norma[160], e, in secondo luogo, dall'assenza di precise

155. Per una disamina sugli sconfinamenti della Corte costituzionale si veda A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. n. 2/2019.

156. Così F. LAUS, *Il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, alla luce delle pronunce sul caso Cappato e sulle tutele crescenti nel jobs act*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 85. Sul tema dell'intervento della Corte costituzionale alla luce della "preliminare e infruttuosa messa in mora del legislatore" si veda S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a rime 'possibili'*, cit., p. 185.

157. Ord. n. 132 del 2020, Cons, in dir. p.to 7.3.

158. Sul punto si veda M. D'AMICO, *Il 'fine vita' davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, cit., p. 7.

159. K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 320.

160. Al contrario di quanto previsto, invece, in occasione delle pronunce *BVerfGE* 130, 240; 111, 115.

indicazioni o linee guida di natura vincolante indirizzate al legislatore, tanto è vero che la Corte costituzionale non sembra avere prescritto "le linee essenziali di una riforma della diffamazione"[161].

Il punto di partenza per l'attività "riparatoria" del legislatore è rappresentato, come nel caso dell'esperienza tedesca, dall'accertamento dell'incompatibilità della disciplina *sub iudice*[162]; per il resto, l'azione parlamentare non ha subito alcuna forma "perimetrazione [...] per effetto dell'indicazione dei profili rispetto ai quali [...] essa è chiamata ad intervenire"[163].

Una simile scelta, in un certo qual modo diametrale rispetto a quanto accaduto in occasione dell'ord. n. 207 del 2018, è stata forse valorizzata dal Giudice delle leggi al fine di assumere un ruolo "di rimessa"[164] e di mero "suggeritore" a fronte dell'invasione di campo operata nella prima pronuncia Cappato.

Inoltre, anche nel caso di specie il Giudice delle leggi ha inteso estendere la collaborazione istituzionale ai giudici, dal momento che, è stato affermato, rimarranno "nel frattempo sospesi anche i giudizi *a quibus*. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se eventuali questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni in esame analoghe a quelle in questa sede prospettate debbano parimenti essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate alla luce dei principi sopra enunciati, così da evitare, nelle more del giudizio di costituzionalità, l'applicazione delle disposizioni censurate (sent. n. 242 del 2019 e ordinanza n. 207 del 2018)"[165].

Pare del tutto chiaro che il Giudice delle leggi abbia optato ancora una volta per una tecnica decisionale del tutto analoga alla decisione di incompatibilità "pura", caratterizzata, come oramai ampiamente noto, dall'ordine di riforma indirizzato al legislatore e, contestualmente dall'obbligo dei giudici di non fare applicazione della norma dichiarata incompatibile fino al futuro intervento del legislatore.

Come affermato dalla dottrina, in seguito all'adozione dell'ord. n. 132 del 2020 la Corte costituzionale ha sconfessato la possibilità di qualificare

161. Si veda G. L. GATTA, *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, cit.

162. Si veda sul punto R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, cit., p. 105.

163. Così F. MEOLA, *Discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità, ragionando sul tema alla luce del c.d. caso Cappato*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1/2020, p. 10.

164. Così si è espresso A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, cit., p. 406.

165. Cons. in dir. p.to 8.

il caso Cappato nel senso di un *unicum*[166]: le linee essenziali dell'ord. n. 207 del 2018 infatti, sono rintracciabili nella pronuncia in commento, tanto è vero che il Giudice costituzionale non ha nemmeno ritenuto di dovere esplicitare la necessità di "fare leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale"[167], così come accaduto, invece, in occasione del noto precedente.

3.4. *… la "risposta" della sent. n. 150 del 2021*

Così come con riferimento al caso "Cappato", anche in occasione del monito "rafforzato" di cui all'ord. n. 132 del 2020 il Parlamento non è intervenuto entro il termine previsto (22 giugno 2021).

Con la sent. n. 150 del 2021[168], la Corte costituzionale, a scanso di equivoci, ha impostato la parte motiva della propria decisione affermando come fossero già state formulate "una serie di valutazioni in ordine al thema decidendum, le quali debbono in questa sede essere integralmente confermate, e alle quali si salda, in consecuzione logica, l'odierna decisione (per il medesimo rilievo, sent. n. 242 del 2019 rispetto all'ordinanza n. 207 del 2018)"[169].

Così come emerso nell'ord. n. 132 del 2020, nella sentenza "*pendant*" il Giudice delle leggi dichiara (anzi, conferma, in quanto già "rilevato" nell'ordinanza) che l'indefettibilità dell'applicazione della pena detentiva di cui all'art. 13 della legge n. 47 del 1948, "in tutte le ipotesi nelle quali non sussistano – o non possano essere considerate almeno equivalenti – circostanze attenuanti, rende la disposizione censurata incompatibile con il diritto a manifestare il proprio pensiero, riconosciuto tanto dall'art. 21 Cost., quanto dall'art. 10 CEDU"[170].

Pertanto, afferma il Giudice delle leggi, la pena prevista dall'art. 13 della legge n. 47 del 1948 è da dichiarare non conforme a Costituzione "nella sua interezza".

La declaratoria di incostituzionalità non conduce, però, ad un pericoloso vuoto di tutela della reputazione individuale "contro le offese arrecate a

166. In questo senso si veda E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. n. 3/2019..

167. Cfr. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 11.

168. Per un commento cfr. C. MAGNANI, *La Corte costituzionale rivede la detenzione per la diffamazione tramite i media. Prime note sulla sentenza n. 150 del 2021*, in *Osservatorio AIC*, 5/2021.

169. Cfr. Sent. n. 150 del 2021, Cons. in dir. p.to 2.

170. Cfr. Sent. n. 150 del 2021, Cons. in dir. p.to 4.2.

mezzo stampa", in quanto tale diritto continua ad essere coperto e tutelato dal "combinato disposto del secondo e del terzo comma dello stesso art. 595 cod. pen., il cui alveo applicativo si riespanderà in seguito alla presente pronuncia"[171].

Si segnala, inoltre, che con riferimento ai "casi più gravi di diffamazione" viene fornito un suggerimento di normazione della disciplina alla luce dell'assenza di un vincolo costituzionale rispetto al mantenimento della pena detentiva[172].

Infine, la Corte costituzionale rivolge, alla stregua del modello decisionale delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, un monito al legislatore, evidenziando la necessità, già segnalata in occasione dell'adozione dell'ord. n. 132 del 2020, di una complessiva riforma della disciplina vigente, così da garantire un equo bilanciamento tra tutela della reputazione individuale e per evitare intimidazioni dell'attività giornalistica non dovute[173].

3.5. *L'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo*

In occasione dell'adozione dell'ord. n. 97 del 2021, il Giudice delle leggi ha deciso, per la terza volta e sulla scia della tecnica decisionale inaugurata dall'ordinanza "Cappato", di decidere[174] entro un termine stabilito[175].

Tra le ragioni della previsione di un termine dilatorio e dell'appello alla collaborazione istituzionale si è posta la seguente considerazione: "un accoglimento immediato delle questioni proposte, in definitiva, comporterebbe effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame"[176].

171. Cfr. Sent. n. 150 del 2021, Cons. in dir. p.to 9.

172. Cfr. Sent. n. 150 del 2021, Cons. in dir. p.to 10.

173. Sent. n. 150 del 2021, Cfr. Cons. in dir. p.to 10.

174. Così si è espressa I. ROBERTI, *I moniti "a termine" della corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del parlamento*, cit., p. 176. Sembra conformarsi a tale tesi anche la dottrina di Canzian. Cfr. N. CANZIAN, *Un tentativo di dialogo che resta monologo: l'incostituzionalità rinviata a partire dal caso delle pene detentive per la diffamazione*, cit., p. 6.

175. La pronuncia in questione è stata ritenuta foriera di prospettive inquietanti da parte di E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema Penale*, 2021; H. J. WOODCOCK, *Un giudizio sull'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale che mette in luce, oltre ai profili positivi, alcuni rischi. Uno fra tutti: quello di far rientrare dalla finestra ciò che è uscito dalla porta*, in *Questione Giustizia*, 2021.

176. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 10.

Quanto ai profili di merito, che si intrecciano con l'analisi degli aspetti processuali legati alla tecnica del rinvio al legislatore, con l'ord. n. 97 del 2021 il Giudice delle leggi ha "prospettato" l'illegittimità costituzionale della disciplina che non consente di concedere il beneficio della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo, "per delitti di 'contesto' mafioso, che collabora utilmente con la giustizia e che abbia già scontato ventisei anni di carcere [...]"[177].

La Corte costituzionale sembra condividere l'argomentazione prospettata dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione, in cui si censura "la disciplina 'ostativa' contenuta nell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. ma (oltre alla previsione del successivo art. 58-ter) anche, in particolare, il contenuto dell'art. 2 del d.l. n. 152 del 1991"[178], in quanto essi introdurrebbero "a carico del condannato per siffatti reati 'ostativi', che non collabora utilmente con la giustizia, una presunzione di mancata rescissione dei legami con la criminalità organizzata"[179].

Tale considerazione viene rafforzata mediante il richiamo alla sentenza Viola contro Italia, nella parte in cui la Corte EDU considera che "la collaborazione con le autorità quale unica dimostrazione possibile della dissociazione del condannato conduce a trascurare gli altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto"[180].

Tuttavia, la declaratoria di illegittimità costituzionale avrebbe di fatto messo "a rischio il complessivo equilibrio della disciplina in esame e, soprattutto, le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa"[181].

Più nello specifico, la declaratoria di incostituzionalità si sarebbe scontrata con il limite dell'"equiparazione, per le condizioni di accesso alla libertà condizionale, tra il condannato all'ergastolo per delitti connessi alla criminalità organizzata, che non abbia collaborato con la giustizia, e gli ergastolani per delitti di contesto mafioso collaboranti"[182].

Spetta quindi alla discrezionalità legislativa "decidere quali ulteriori scelte risultino opportune per distinguere la condizione di un tale condannato alla pena perpetua rispetto a quella degli altri ergastolani"[183].

177. Così F. PERCHINUNNO, *Prime riflessioni sull'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, cit., p. 203.

178. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 2.

179. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 2.

180. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 6.

181. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 9.

182. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 9.

183. Cfr. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 9.

Inoltre, "la normativa risultante da una pronuncia di accoglimento delle questioni, conchiusa nei termini proposti dal giudice a quo"[184], avrebbe dato vita ad un "sistema penitenziario caratterizzato, a sua volta, da tratti di incoerenza"[185], in ragione dell'inibizione all'"accesso alle altre misure alternative […] cioè proprio alle misure che invece normalmente segnano, in progressione dopo i permessi premio, l'avvio verso il recupero della libertà"[186].

Ancora, secondo il Giudice costituzionale, essendo noto, "tuttavia, come il 'catalogo' della prima fascia di reati di cui all'art. 4-bis ordin. penit. comprenda ormai anche reati diversi, relativi alla criminalità terroristica, ma anche delitti addirittura privi di riferimento al crimine organizzato, come i reati contro la pubblica amministrazione o quelli di natura sessuale", ed essendo noto che l'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. impedisce al condannato non collaborante l'accesso a tutti i benefici penitenziari (salvo la liberazione anticipata e, dopo la sentenza n. 253 del 2019, il permesso premio)"[187], il rischio di una declaratoria di incostituzionalità, connessa alla mancata modifica della "condizione dei condannati all'ergastolo per reati non connessi alla criminalità organizzata"[188] sarebbe stato eccessivamente impattante sull'ordinamento e, in particolare, si sarebbe posto in tensione con la tutela della sicurezza collettiva[189].

La pronuncia in questione pare in parte analoga alla menzionata decisione del *BVerfG* in tema di detenzione preventiva, in occasione della quale, lo si ricorda, il Tribunale costituzionale federale era intervenuto nel 2011[190] dichiarando incompatibili tutte le disposizioni del codice penale (*Strafgesetzbuch*) e della legge sul Tribunale dei minori (*Jugendgerichtsgesetz*) sull'imposizione e sulla durata della detenzione preventiva, in quanto lesive del diritto fondamentale alla libertà dei detenuti in detenzione preventiva ai sensi dell'art. 2, secondo comma, alinea 2, della Legge Fonda-

184. Cfr. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 10.
185. Cfr. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 10.
186. Cfr. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir p.to 10.
187. Cfr. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dit. p.to 10.
188. Cfr. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 10.
189. Come è stato segnalato da Morrone, in occasione dell'ordinanza-sentenza 97 del 2021, "La Corte costituzionale dimostra, come non accadeva da tempo, di avere ben presente il lato politico della Costituzione: una decisione di accoglimento – qualunque forma assuma, poco importa – rappresenta uno scivolamento nelle scelte di politica criminale del Paese, un'incursione non consentita nella lotta contro le mafie, che richiede unità nazionale, inflessibilità d'azione e, soprattutto, la responsabilità di una decisione legislativa". Così A. MORRONE, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo*, cit., p. 464.
190. Cfr. *BVerfG*, 2 BvR 2365 del 4 maggio 2011.

mentale[191] (diritto alla libertà), in combinato disposto con l'articolo 104, primo comma, della Legge Fondamentale[192] (restrizione della libertà).

Il termine, "tipico" del meccanismo sotteso alle decisioni di incompatibilità tedesche, connota anche la pronuncia in esame, poiché il Giudice delle leggi ha previsto un termine per il rinvio dell'udienza, corrispondente al 10 maggio 2022, così da dare al Parlamento un "congruo tempo per affrontare la materia" e sospendendo il giudizio *a quo*[193].

Infine, come nel caso dell'ord. n. 207 del 2018 e dell'ord. n. 132 del 2020, la Corte costituzionale si è riservata, a fronte dell'auspicato intervento legislativo, di "verificare ex post la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte"[194].

3.6. *L'ord. n. 122 del 2022*

Con l'ord. n. 122 del 2022 la Corte costituzionale rompe con la *consolidanda* prassi della "seconda pronuncia" di accoglimento adottata a fronte di un rinvio al legislatore secondo il c.d. schema Cappato e rimodula le sorti della tecnica della c.d. costituzionalità prospettata.

A fondare il secondo rinvio disposto con l'ord. n. 122 del 2022 è stato l'approdo di un ramo del Parlamento ad una normativa sulla revisione della disciplina relativa ai benefici penitenziari per i reati di natura ostativa.

Come posto in evidenza dall'Avvocatura dello Stato e come riportato nell'ordinanza da parte dello stesso Giudice delle leggi, però, "l'iter approvativo del disegno di legge all'uopo presentato si è completato soltanto presso la Camera dei Deputati, mentre il Senato della Repubblica non ha ancora terminato i propri lavori" poiché la "fase di discussione è ancora in corso".

Alla luce della trasmissione al Senato della Repubblica in data 1° aprile 2022 (A.S. n. 2574) del disegno di legge C. 1951-A, recante «Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e alla legge 13 settembre 1982, n. 646, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non colla-

191. "La libertà della persona è inviolabile".

192. "La libertà personale può essere limitata solo in base ad una legge formale e con l'osservanza delle forme ivi prescritte. Le persone arrestate non possono esser sottoposte a maltrattamenti né morali né fisici".

193. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 11.

194. Cfr. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 11.

borano con la giustizia», il Presidente della II Commissione Permanente (Giustizia) ha auspicato un ulteriore rinvio dell'udienza così da permettere la prosecuzione e, in particolare, la conclusione degli stessi lavori di Commissione.

In un'ottica, si potrebbe dire, di "leale e dialettica collaborazione"[195] *a contrario*[196], la Corte costituzionale ha aderito agli auspici del Presidente della Commissione interessata lasciando al legislatore – non la possibilità, ma il dovere – di proseguire e concludere i lavori, poiché "le ragioni che hanno indotto questa Corte a sollecitare l'intervento del legislatore" di cui all'ord. n. 97 del 2021 sono rimaste identiche e alla luce dello stato di avanzamento "dell'iter di formazione della legge".

La tecnica di un secondo rinvio in ragione dell'intervento *imperfetto* in quanto non compiuto da parte del legislatore sulla disciplina attinente ai benefici penitenziari per i reati ostativi sembra allontanare ancora di più il Giudice delle leggi da una funzione "negativa" e quindi di mero accoglimento/rigetto della questione di legittimità costituzionale.

Se, però, nel caso del c.d. rinvio a data fissa il Giudice delle leggi potrebbe qualificarsi nel senso di un attore istituzionale "interventista" poiché, prospettando l'incostituzionalità di una norma, richiede la collaborazione del Parlamento per promuovere una "rimozione" congiunta della norma non conforme a Costituzione al fine di ristabilire la legalità costituzionale senza la formazione di *vulnus* nell'ordinamento giuridico, nel caso del secondo rinvio non risalta tanto l'interventismo nella dialettica con il Parlamento, quanto l'ascolto nei confronti di quest'ultimo e, soprattutto, l'adeguamento ai tempi richiesti dall'*iter* legislativo.

In altri termini, la Corte non sembra muoversi, nel caso di specie, nell'alveo di una dialettica con il legislatore ove quest'ultimo è chiamato a rispondere agli auspici o, meglio ancora, alle richieste che si inseriscono in una linea temporale tracciata dalla stessa Corte, ma pare adeguarsi ai *tempi* (fuori tempo massimo) richiesti dall'*iter* legislativo.

In questo senso è forse possibile sostenere che il fattore "tempo" assume un ruolo capace di influenzare fortemente il rapporto tra Giudice delle leggi e legislatore nel sindacato di legittimità costituzionale.

L'ord. n. 122 del 2022 si qualifica per il fatto che la Corte costituzionale ha scelto di governare le regole del proprio processo costituzionale

195. Ord. n. 207 del 2018.

196. Si consideri che, in questo caso, la Corte costituzionale non ha fatto leva sui propri poteri di gestione del processo per rinviare autonomamente l'udienza a data fissa in modo tale da allontanare il momento relativo alla declaratoria dell'illegittimità costituzionale, ma ha aderito alla – pur implicita – richiesta di rinvio operata dal legislatore.

gestendo, pur senza derogare la disciplina relativa agli effetti delle sentenze di accoglimento, il rapporto con il legislatore alla luce delle esigenze richieste dalla (stessa) legislazione.

Se, come si è visto, la tecnica del rinvio non costituisce in alcun modo uno strumento che vada oltre le norme che regolano il processo costituzionale, ci si potrebbe chiedere se un secondo rinvio si ponga sempre e comunque entro il tracciato normativo su cui si fonda il processo costituzionale, dal momento che esso costituisce una deroga rispetto a quanto ha avuto modo di affermare il Giudice delle leggi in occasione dell'ord. n. 97 del 2021, e cioè che, a fronte dell'intervenuto intervento legislativo, sarebbe stato compito della stessa Corte "verificare ex post la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte (ordinanze n. 132 del 2020 e n. 207 del 2018)"[197].

Secondo chi scrive, la possibilità di individuare la data della (seconda) udienza per la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di Cassazione, prima sezione penale, non rappresenta una forma di deroga rispetto alle regole del processo, o, almeno, non più di quanto lo sia la stessa tecnica dell'incostituzionalità prospettata con contestuale (primo) rinvio al legislatore.

Tanto chiarito, l'allineamento del "tempo" della Corte costituzionale al "tempo" del legislatore si fonda, a parere di chi scrive, su una premessa logica che è stata ben posta in evidenza dalla dottrina tedesca con riferimento alle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

Se alla scadenza del termine indicato dal *BVerfG* il legislatore non interviene, la stessa *ratio* sottesa alle decisioni di incompatibilità viene meno, vanificando lo sforzo della "leale collaborazione" insita nella declaratoria dell'incompatibilità.

In occasione dell'ord. n. 97 del 2021, l'adozione di una secca declaratoria di incostituzionalità è stata accantonata in ragione dell'esigenza di evitare il rischio di compromettere le necessità di prevenzione generale e di sicurezza collettiva perseguite dalla disciplina sull'ergastolo ostativo al fine di contrastare il fenomeno della criminalità mafiosa[198] e per lasciare al legislatore il tempo di impostare, alla luce dell'esercizio della propria discrezionalità legislativa, la disciplina conforme a Costituzione.

Ebbene, se l'ord. n. 122 del 2022 avesse previsto un intervento demolitorio in ragione dell'inerzia legislativa, si sarebbero presentate, *rebus sic stantibus*, le medesime problematiche di carattere costituzionale poste in evidenza con l'ord. n. 97 del 2021.

197. Cfr. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 11.
198. Cfr. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 9.

Nel caso di specie, un approccio fortemente manipolativo come quello che ha adottato la Corte costituzionale in occasione della sent. n. 242 del 2019 forse sarebbe stato difficoltoso poiché il Giudice delle leggi nell'ord. n. 97 del 2021 non ha previamente posto in evidenza rigide "linee guida" – come quelle che si sono sostanziate nel ritaglio dell'art. 580 c.p. (e non compiutamente seguite, ancora oggi, dal legislatore) – sulle quali intervenire nuovamente in sede di adozione di doppia pronuncia, come è accaduto con riferimento alla richiamata sent. n. 242 del 2019, tanto è vero che nell'ord. n. 97 del 2021 la Corte costituzionale fa riferimento a "tipiche scelte di politica criminale, destinate a fronteggiare la perdurante presunzione di pericolosità ma non costituzionalmente vincolate nei contenuti, e che eccedono perciò i poteri di questa Corte. Come detto, esse pertengono, nel quomodo, alla discrezionalità legislativa, e possono accompagnare l'eliminazione della collaborazione quale unico strumento per accedere alla liberazione condizionale"[199].

Quanto appena scritto pare interessare anche l'ord. n. 132 del 2020 sul carcere ai giornalisti, in occasione della quale il Giudice delle leggi ha genericamente chiesto al legislatore di individuare, in quanto soggetto responsabile, "complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica; e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività"[200].

La Corte costituzionale ha adottato in a seguito all'ord. n. 132 del 2020 una pronuncia di accoglimento poiché il legislatore non si era adoperato a porre in essere quelle strategie sanzionatorie finalizzate a evitare indebite intimidazioni dell'attività giornalistica e ad assicurare, al contempo, la tutela della reputazione individuale, nonostante nel lasso di tempo compreso tra l'adozione dell'ord. n. 132 del 2020 e la sent. n. 150 del 2021 fossero plurimi i progetti di legge cui attingere per rendere costituzionalmente conforme la disciplina relativa alla diffamazione a mezzo stampa[201].

In questo senso è forse possibile sostenere che nell'ambito della sent. n. 150 del 2021 la Corte costituzionale ha inteso indirizzare *nel* tempo l'attività del legislatore, richiamando interamente quanto già affermato in occasione dell'ord. n. 132 del 2020.

In buona sostanza, pur nell'adozione di una pronuncia cassatoria, il Giudice delle leggi conferma nuovamente l'esigenza che il legislatore operi una rimodulazione degli interessi in gioco.

199. Si veda Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 9.
200. Cfr. Ord. n. 97 del 2021, Cons. in dir. p.to 8.
201. Cfr. Ord. n. 207 del 2018, Cons. in dir. p.to 8.

A ben vedere, non parrebbe evidente nella sent. n. 150 del 2021 l'effettiva "esigenza di ricorrere, in questa ipotesi, alla tecnica decisoria del rinvio al legislatore", tanto è vero che la stessa pronuncia mostra come fosse possibile rispondere subito alla domanda di giustizia di cui "si erano fatti portatori i giudici remittenti, senza che ciò richiedesse di affrontare necessariamente l'impresa di una globale rimeditazione dell'intera normativa di riferimento"[202].

Se quindi il Giudice delle leggi definisce il tempo di intervento – *sine die* – nella sent. n. 150 del 2021, nel caso dell'ord. n. 122 del 2022 il tempo viene definito alla luce dell'intervento legislativo.

4. Le conseguenze delle sentenze di incompatibilità: una panoramica generale

Una volta indagata la tecnica del c.d. rinvio al legislatore e i suoi effetti, chi scrive intende ultimare la panoramica "comparata" con le *Unvereinbarkeitserklärungen* cercando di tracciarne gli effetti giuridici.

Tale studio permette di comprendere quali potrebbero essere le possibili conseguenze sul rapporto tra organi costituzionali nel caso in cui la Corte costituzionale decidesse di forgiare, in via pretoria, un rinvio "rafforzato", e cioè contraddistinto non tanto dalla prospettazione dell'illegittimità costituzionale di una norma, bensì dalla declaratoria di incompatibilità.

Se quanto appena scritto pare di difficile realizzazione, almeno nell'immediato, si noti che, in ogni caso, il nuovo approdo raggiunto dal Giudice delle leggi in occasione dell'adozione dell'ord. n. 122 del 2022 spinge nuovamente a considerare l'esperienza tedesca – quanto alle modalità con cui il Tribunale costituzionale si rapporta all'organo titolare del potere legislativo – un importante modello di riferimento.

Pertanto, pare non priva di utilità un'analisi delle conseguenze derivanti dalla deroga alla sentenza di nullità.

Tanto chiarito, gli effetti conseguenti all'adozione della *Unvereinbarkeitserklärung* non conoscono una "linea chiara"[203].

Secondo autorevole dottrina, infatti, il *BVerfG* avrebbe "creato una regolamentazione completa quanto alle conseguenze giuridiche proprie delle *Unvereinbarkeitserklärungen*", anche se talvolta non è agevole com-

202. Cfr. L. MADAU, *Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021*, in *Nomos*, 3/2021, p. 14.

203. In questo senso C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG*, cit., p. 192 e P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 132.

prendere esattamente quali conseguenze siano state previste dallo stesso *BVerfG*[204].

Come si è già avuto modo di scrivere, la sentenza di incompatibilità rappresenta "un *aliud* rispetto alla dichiarazione di invalidità"[205]: in questo senso, la norma incompatibile continua ad esistere nell'ordinamento giuridico[206], mentre quella incostituzionale diviene oggetto di espunzione dall'ordinamento giuridico.

Pertanto, la principale conseguenza giuridica che interessa tutte le varianti decisionali delle *Unvereinbarkeitseklärungen* consiste nell'"l'obbligo da parte del legislatore di modificare la disciplina non conforme a Costituzione"[207], deducibile dall'art. 20 III della Legge Fondamentale.

Quanto al rapporto con i giudici, in seguito all'adozione di una decisione di incompatibilità essi sono chiamati, ai sensi del § 31 I e del § 31 II *BVerfGG* – quest'ultimo che sancisce la "forza di legge" della decisione – a non fare applicazione della norma dichiarata incompatibile, con ciò sospendendo il processo *a quo* e i processi in cui rileva la norma sottoposta al giudizio del Tribunale costituzionale federale.

Anche le decisioni di incompatibilità "orientate all'applicazione", cioè quelle integrate dalla *Fortgeltungsanordnung*, sono dotate della forza di legge[208].

Nel caso in cui venga adottata una decisione di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung*, se quest'ultima ha natura definitiva, allora l'obbligo di riforma del legislatore avrà efficacia solamente per il futuro; nel caso in cui invece la *Fortgeltungsanordnung* abbia una natura transitoria o provvisoria, il legislatore è tenuto a "tenere in considerazione anche il periodo di natura transitoria"[209].

Come è stato appena chiarito, il legislatore è tenuto a regolare *ex novo* la norma dichiarata incompatibile[210].

204. Si veda S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 104.

205. Cfr. C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., p. 173.

206. Sulla base del postulato relativo alla conservazione delle norme. Cfr. G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 257.

207. J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 213.

208. M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 240.

209. Così *BVerfGE* 61, 319 (357). Si veda R. WERNSMANN, *Das gleichheitswidrige Steuergesetz - Rechtsfolgen und Rechtsschutz*, cit, pp. 219 ss.

210. P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 168; si veda anche M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 254.

A tal proposito, è interessante riportare quanto segnalato dalla dottrina italiana, secondo la quale "dalla priorità e normatività della legge Fondamentale consegue l'attualità della *Nachbesserungspflicht* del legislatore"[211].

Infatti, quando il *BVerfG* rinuncia all'adozione di una sentenza di nullità, ai sensi dell'art. 20 III della Legge Fondamentale nasce in capo al legislatore l'obbligo di riforma[212].

Il Parlamento sarebbe tenuto a rimuovere il vizio di legittimità costituzionale *almeno* fino al momento corrispondente all'adozione della pronucia stessa[213].

Tuttavia, vi sono eccezioni a tale regola, atteso che il legislatore può essere obbligato a "ripulire" lo *status* incostituzionale mediante l'attuazione di una riforma dotata di un'efficacia "ancora più retroattiva", che vada quindi oltre il momento corrispondente all'adozione della stessa *Unvereinbarkeitserklärung*[214].

Il *BVerfG* ha inoltre previsto obblighi di riforma dotati solamente di un'efficacia *pro-futuro*, e ciò prevalentemente nei casi in cui vi sia la necessità di garantire una regolare pianificazione finanziaria e di bilancio[215] e in caso di scarsa funzionalità o utilità dell'efficacia retroattiva.

Ne è un chiarissimo esempio la decisione "*Kleingärten*", in cui il *BVerfG* ha dichiarato che un'efficacia retroattiva dell'obbligo di riforma "non potrebbe più portare alcun beneficio effettivo alle persone interessate [...] e determinerebbe una lesione sproporzionatamente grande di altri interessi meritevoli di protezione"[216].

211. G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 334.

212. Sul punto si veda P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 169: "*Es verstehe sich von selbst und folge aus Art. 20 Abs. 3 GG, daß der Gesetzgeber sich um den alsbaldigen Erlaß eines 'Reparaturgesetzes' bemühen müsse, ohne allerdings verfassungsrechtlich an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden zu sein*". Sul punto si veda anche M. KLEUKER, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 32. Si veda anche M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 242.

213. Così J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 113; cfr. anche M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 254.

214. *BVerGE* 87, 114 (151). Si veda inotre H. HEUßNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, cit., p. 257.

215. Il *BVerfG* ha anche fatto riferimento alla "*nicht ausrechende Erklärung der bisherigen Verfassungsrechtslage*"; così *BVerfGE* 125, 175.

216. "*Das Ausmaß dieser Verpflichtung hängt jedoch von den tatsächlichen Verhältnissen ab, auf die der Gesetzgeber trifft. Für die Zeit vor der Neuregelung kann keine Abhilfe verlangt werden, wenn sie nach der tatsächlichen Lage praktisch nicht mehr durchführbar wäre oder den Betroffenen keinen tatsächlichen Nutzen mehr bringen könnte oder*

Tanto chiarito, una volta adottata la *Unvereinbarkeitserklärung*, il legislatore è obbligato ad eliminare la disposizione incostituzionale "il più presto possibile", "immediatamente" o entro "la prossima legislatura"[217]. A tal proposito, si consideri che "gli organi statali hanno sempre dato seguito al *BVerfG*"[218], attivandosi (quasi sempre) per tempo.

Autorevole dottrina ha affermato che il termine individuato dal *BVerfG* al fine di tracciare temporalmente l'intervento del legislatore non ha natura "rigida", in quanto, dopo la scadenza del c.d. *Frist*[219] può attivarsi, sulla base del § 35 *BVerfGG*, la competenza d'urgenza del Tribunale costituzionale; inoltre, anche i giudici possono intervenire al fine di porre rimedio all'inottemperanza del legislatore decidendo conformemente a Costituzione[220].

A ben vedere, come si accennava poc'anzi, in casi eccezionali il Parlamento non è intervenuto entro il termine richiesto dal *BVerfG*.

Si consideri, ad esempio, la decisione *BVerfGE* 99, 300[221] in tema di stipendio dei pubblici dipendenti (*Beamtenkinder*): in questo caso il *BVerfG* "ha chiesto due volte senza successo al legislatore di intervenire", precisando che, nel caso in cui l'organo titolare del potere legislativo non fosse ancora intervenuto, sarebbe approdato "direttamente ad un'altra soluzione" che sarebbe stata stabilita nella forma di un'esecuzione d'ufficio[222].

Un altro caso interessante è rappresentato dalla *BVerfG*, 1 BvL 21/12 del 17 dicembre 2014 sulla *Erbschaftsteuer*[223], in occasione della quale il *BVerfG* aveva ordinato l'ulteriore applicabilità di alcune disposizioni dichiarate incompatibili relative all'imposta di successione e all'imposta sulle donazioni fino al 30 giugno 2016, termine entro il quale, appunto, l'organo titolare del potere legislativo non è intervenuto[224].

wenn sie nur unter unverhältnismäßig großer Beeinträchtigung anderer schutzwürdiger Belange möglich wäre". Così *BVerfGE* 87, 114 (137).

217. Si veda, per esempio, la pronuncia *BVerfGE* 90, 263 (276).

218. Cfr. S. GUERRA, G. MÜHLHAUS, *Ist die geplante Rückwirkung des neuen Erbschaftsteuergesetzes auf den 1.7.2016 verfassungswidrig?*, in *ErbStB*, 2016, p. 149.

219. Il *Frist* interessa ampiamente la letteratura italiana in seguito all'adozione dell'ordinanza Cappato, la quale, come è stato più volte sottolineato, si caratterizza per un temine previsto in capo al legislatore.

220. Si veda S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 228.

221. R. GAIER, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, cit., p. 965.

222. Cfr. M. T. RÖRIG, *Germania*, in "Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità", cit., p. 55.

223. Per una trattazione degli effetti della pronucia in questione, con particolare riferimento all'inottemperanza del legislatore si veda Wissenschaftliche Dienste, *Folgen der Erbschaftsteuer-Entscheidung des BVerfG*, Deutscher Bundestag, 103/15.

224. In questo senso si veda il comunicato stampa del *BVerfG* datato 14.07.2016.

A tal proposito, il 9 febbraio 2015 il Giudice Eichberger aveva dichiarato ad un convegno tenutosi a Berlino (*54. Berliner Steuergespräch*) che "le parti della legge che sono state ritenute incostituzionali e che hanno condotto all'annullamento dell'intera legge potrebbero continuare ad essere applicate fino all'approvazione di una nuova disciplina legislativa[225] anche oltre il 30 giugno 2016".

L'episodio appena descritto ha di fatto sorpreso la dottrina: si è addirittura ragionato della totale assenza di una dogmatica di riferimento e di una "lotteria" delle conseguenze giuridiche, che relega ai margini, in buona sostanza, la tutela del singolo[226].

Come stabilito in seguito alla scadenza del termine da parte del Tribunale costituzionale federale, le norme dichiarate incompatibili sono state oggetto di un ulteriore ordine di applicazione da parte dei giudici[227].

Il legislatore è infine intervenuto approvando una legge di riforma della tassa sull'eredità entrata in vigore il 4 novembre 2016.

Con riferimento al rapporto tra inerzia da parte del legislatore e adozione della sentenza di incompatibilità, si consideri che nella sentenza "*Kündigungsfristen*"[228], il *BVerfG* è intervenuto sulla sospensione dei processi giudiziari che consegue all'adozione della sentenza di incompatibilità, affermando che talvolta la stessa può divenire incostituzionale se prolungata eccessivamente nel tempo[229]. Una sospensione dei procedimenti giudiziari può quindi essere "costituzionalmente" tollerata solamente qualora essa sia limitata nel tempo[230]; pertanto, nel caso di un'inerzia legislativa eccessiva, i giudici sono chiamati a decidere sul caso specifico[231], con ciò determinando rilevanti episodi di frammentazione della tutela individuale

225. Così il Giudice relatore: "[…] *die für verfassungswidrig befundenen Teile des Gesetzes, die zur Gesamtinfizierung der gesetzlichen Regelung führten, bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber ggf. auch über den 30.6.2016 hinaus fortgelten könnten*". Cfr. R. SEER, *Tritt das Erbschaft-und Schenkungsteuergesetz zum 1.7.2016 wegen Untätigkeit des Gesetzgebers außer Vollzug?*, in *GmbHR*, 2016, 6, p. 74.

226. In questo senso, piuttosto critico, si veda R. SEER, *Tritt das Erbschaft-und Schenkungsteuergesetz zum 1.7.2016 wegen Untätigkeit des Gesetzgebers außer Vollzug?*, in *GmbHR* 2016, p. 676.

227. Cfr. il comunicato stampa del *BVerfG* datato 14.07.2016.

228. *BVerfGE* 82, 136.

229. Così il *BVerfG* (*BVerfGE* 74, 228 [234]): "*Ein solcher Schwebezustand kann seinerseits verfassungswidrig werden, wenn er zu lange andauert. Das Grundgesetz gewährleistet wirksamen* Rechtsschutz *auch in bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten (Art. 20 Abs. 3 GG; vgl. BVerfGE 74, 228 [234]*)".

230. Sul punto si veda anche *BVerfGE* 82, 126 (155).

231. Si veda H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., p. 248, e F. KIRCHHOF, *Die Verwaltungshaftung zwischen bund und Ländern*, in *NVwZ*, 1994, p. 108.

dei singoli. Non solo, secondo il *BVerfG* sarebbero i tribunali stessi a decidere "se il legislatore non ha posto rimedio alla violazione costituzionale entro un termine ragionevole oppure è rimasto inattivo per un periodo di tempo imprevedibile"[232].

A proposito dell'intervento dei giudici in via "suppletiva", la dottrina ha fatto riferimento ad un "circulus vitiosus", in quanto non andrebbe in alcun modo a soddisfare l'obbligo di riforma della disciplina incostituzionale spettante al solo legislatore: in questi casi specifici, quindi, il cerchio non si chiuderebbe[233].

A fronte dell'esigenza di ottimizzare l'esecuzione dell'obbligo di riforma da parte del legislatore[234] si è fatto riferimento alla necessità di riformare la legge sul funzionamento del *BVerfG*.

Un'altra soluzione, di natura estrema, volta a scongiurare il rischio che l'inottemperanza del legislatore dia luogo ad un'eccessiva compressione dei diritti dei singoli, consiste nell'assunzione da parte del Tribunale costituzionale federale del ruolo di "legislatore dell'emergenza"[235]: di qui, l'individuazione di una disciplina transitoria applicabile (in via del tutto provvisoria) dai giudici.

Il caso "classico" è quello dell'esclusione irragionevole di una determinata cerchia di soggetti da vantaggi o benefici di natura vitale[236], cui il legislatore non riesce a porre rimedio entro un lasso di tempo congruo[237].

Infine, come già accennato, vi sono ampie perplessità rispetto all'adozione di una sentenza di nullità quale "sanzione" a fronte dell'inottemperanza del legislatore[238], poiché, se il *BVerfG* ha ritenuto di rinun-

232. Cfr. H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., p. 248. Così anche M. SACHS, *Bloße Unvereinbarkeitserklärung bei Gleichheitsverstößen*, cit., p. 659.

233. Si è quindi espresso piuttosto duramente H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., p. 249.

234. Così suggerisce G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 358, anche alla luce della necessità di approntare una tutela maggiore nei confronti dei singoli.

235. La competenza in questione è stata ampiamente trattata da H. BETHGE, § 31 in (a cura di B. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, cit., Rn. 243. Ancora, sempre con riferimento agli stessi autori, si veda § 35 Rn. 69 d.

236. Traduzione dal tedesco "*existenzfähig*".

237. Così l'autorevole dottrina di A. P. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, cit., p. 164: si veda, *amplius*, anche P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht,* cit., p. 177.

238. *Rectius:* la sanzione della *Nichtigkeitserklärung* dovrebbe costituire, nei fatti, un'eccezione. Così A. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, cit., p. 164.

ciare all'adozione della *Nichtigkeitserklärung* in un primo momento, risulta allora poco congrua, stante il mancato cambiamento delle circostanze sulla base delle quali non è stata opzionata la stessa sentenza di nullità, la dichiarazione di nullità della norma inizialmente dichiarata incompatibile[239].

Ciononostante il *BVerfG* ha più volte dichiarato che in caso di inottemperanza entro il termine individuato, la legge perde la sua validità"[240].

Tale "minaccia", in effetti, sortisce effetti del tutto benefici, nell'esperienza tedesca, sul rapporto tra legislatore e *BVerfG*.

4.1. *Le conseguenze specifiche delle sentenze di incompatibilità (pura e integrata dalla* Weitergeltungsanordnung*)*

Si è avuto modo di vedere che le conseguenze derivanti dall'adozione delle tre varianti delle sentenze di incompatibilità sono due: la sopravvivenza della norma incompatibile nell'ordinamento giuridico[241] e la nascita di un obbligo di riforma in capo al legislatore[242].

Con riferimento, nello specifico, alla sentenza di incompatibilità pura, o, se si vuole, "orientata alla disapplicazione", essa viene adottata nella maggior parte dei casi nell'ipotesi in cui si assista alla violazione del principio di uguaglianza: la nozione di incompatibilità della norma coincide con l'inapplicabilità della stessa[243].

Così come nel caso della sentenza di nullità, anche quella di incompatibilità pura conduce al "blocco di applicazione" per le autorità amministra-

239. Così A. P. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, cit., p. 162.

240. Si consideri, ad esempio, 1 *BVerfGE* 130, 240 - Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz. H. BETHGE, § 31, in (a cura di B. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, cit., Rn. 240. Si veda in questo senso anche M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 254.

241. La differenza tra una dichiarazione di nullità e una dichiarazione di incompatibilità è la situazione in cui si trova la disposizione incostituzionale.

242. Per un approfondimento si permetta di rinviare a N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *www.forumcostituzionale.it*, 25 ottobre 2018.

243. Così F. WOLLENSCHLÄGER, Art. 3, *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, Mohr Siebeck, Heidelberg, 2018, Rn. 324 e R. HÄUßLER, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, p. 157.

Sul punto, quanto alla giurisprudenza, si veda anche *BVerfGE* 87, 234 (262-263).

tive e i giudici[244], che rappresenta la conseguenza *tipica* della decisione di incompatibilità[245].

Secondo la giurisprudenza del *BVerfG* l'obbligo di sospensione del procedimento, che determina la cristallizzazione di uno "stato di incertezza giuridica"[246], sussiste, di fatto, in capo al giudice a *quo:* l'obbligo in questione sarebbe stato "espressamente stabilito solo per il procedimento principale […] ai sensi dell'articolo 100 I GG o dei ricorsi individuali (articolo 95 II GG)"[247].

Il blocco dell'applicazione della norma incompatibile deve essere rispettato però anche nei "casi paralleli", cioè i casi in cui rileva la medesima questione costituzionale, e ciò alla luce del § 31 II *BVerfGG*[248].

La dimensione temporale degli effetti della sentenza di incompatibilità "pura" conosce, in linea teorica, un'efficacia di natura retroattiva, con il solo limite dei rapporti non ancora esauriti in quanto decisi con sentenza passata in giudicato.

Quanto appena segnalato trova ampio riscontro nella giurisprudenza costituzionale.

Si consideri la decisione in cui il *BVerfG* ha affermato che "la disposizione incostituzionale non è più valida dal 1° aprile 1953 […] in quanto costituisce una violazione dell'articolo 3, paragrafo 2, della Legge Fondamentale. La nullità di una disposizione o la sua incompatibilità con la Costituzione ha per il passato gli stessi effetti che per il futuro (cfr. BVerfGE 1, 14 [37]; 8, 51 [71])"[249].

Nel caso di specie il *BVerfG* ha equiparato l'efficacia della decisione di incompatibilità all'efficacia della *Nichtigkeitserklärung.*

Secondo Ipsen, l'effetto retroattivo delle dichiarazioni di incompatibilità può essere dedotto dal § 79 I *BVerfGG*: il legislatore, nella configura-

244. L. SIEMERS, M.C. WALDENS, D. INNA, *Hat der Vorlagebeschluss des BFH zur Verfassungsmäßigkeit des ErbStG Ankündigungseffekt? Rechtsfolgen des Beschlusses für die Gestaltungspraxis*, in *BB*, 2003, p. 612.

245. Così *BVerfGE* 87, 114, (136), come segnalato da J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 94. Si veda ad esempio *BVerfGE* 61, 329 (356), come segnalato ancora una volta da J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 94.

246. *BVerfGE* 87, 114 (136).

247. Cfr. H. HEUßNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, cit., p. 259.

248. Così J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 94.

249. *BVerfGE* 37, 217 (262).

zione della disposizione in questione, avrebbe preso le mosse dalle conseguenze tipiche della declaratoria di incostituzionalità[250].

Secondo altra parte della dottrina, le decisioni di incompatibilità "pure" non retroagiscono fino al "punto di collisione" con la Costituzione[251].

In questo senso, esse si avvicinerebbero, quanto al profilo temporale, alla variante decisionale delle decisioni di incompatibilità integrate dall'ordine della *weitere Anwendbarkeit* della norma dichiarata incompatibile[252].

Come si accennava nel paragrafo precedente, in linea generale, sul piano dogmatico, non è stato ancora chiarito fino a quando, nella dimensione temporale, il legislatore sia chiamato a porre rimedio al vizio di legittimità costituzionale: se in linea teorica l'efficacia dovrebbe essere retroattiva, tuttavia è possibile che il Tribunale costituzionale disponga solamente per il futuro[253].

Tanto chiarito, occorre evidenziare che il *BVerfG* non si è mai pronunciato sull'istituto, introdotto in via pretoria, della sospensione del processo principale e di quelli "paralleli", ordinando in via di prassi "la sospensione del procedimento giudiziario"[254].

La *ratio* della disapplicazione della norma incompatibile da parte del giudice si riallaccia a quella dell'efficacia retroattiva dell'obbligo di riforma da parte del legislatore[255].

Con riferimento al giudizio della *konkrete Normenkontrolle*, lo scopo del blocco di applicazione consiste nella possibilità da parte delle parti del processo principale di potere profittare della futura disciplina individuata dal legislatore, la c.d. *Neuregelung*.

250. Così del tutto significativamente J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 218.

251. T. MAUNZ, *Das verfassungswidrige Gesetz*, cit., p. 513.

252. S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 160.

253. In questo senso M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 214.

254. Così l'attenta dottrina di W. HOFFMAN-RIEM, *Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweitaktverfahren*, cit., p. 843. La dottrina ha fatto riferimento ad una possibile opzione quanto alla sospensione del processo. Così J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 106.

Quanto alla giurisprudenza del *BVerfG* si vedano le decisioni *BVerfGE* 32, 217 e *BVerfGE* 84, 9.

255. In questo senso si veda W. HOFFMAN-RIEM, *Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweitaktverfahren*, in *DVBl*, 1971, p. 846; e C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassunsgericht*, cit., p. 29.

Allo stesso modo, la sospensione del procedimento si giustifica agli occhi del ricorrente che ha utilizzato lo strumento della *Verfassungsbeschwerde* alla luce della *chance* di potere beneficiare degli effetti positivi derivanti dalla modifica in senso costituzionalmente conforme della norma dichiarata incompatibile[256].

Talvolta, infatti, l'ordine di applicazione (ultrattiva) della norma incompatibile risulta costituzionalmente necessario, così come la previsione di una *Fortgeltungsanordnung* eccezionale dal punto di vista della durata e della struttura"[257].

È da aggiungersi che l'adozione di una sentenza di incompatibilità pura, in sostituzione dell'adozione di una sentenza di nullità, non può e non deve condurre a conseguenze caotiche lesive dello Stato di diritto[258]: pertanto, in singoli casi, l'applicazione da parte dei giudici della norma incostituzionale costituisce una reazione indispensabile all'incostituzionalità di una norma[259], che si oppone alla conseguenza ideale della decisione di incompatibilità, cioè quella del blocco di applicazione della norma, la c.d. *Anwendungssperre*[260].

Quanto alla prassi giurisdizionale, si consideri che i giudici, dinnanzi all'adozione di una sentenza di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung*, sono comunque tenuti ad interpretare e applicare la disciplina incompatibile in senso conforme a Costituzione[261], e ciò a prescindere dalla natura della variante decisionale in questione.

256. Così J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 95. Così P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 131.

257. Così la sentenza del primo Senato del 10 aprile 2018, Rn. 179. Sul tema della durata della *Fortgeltungsanordnung* e la tutela dell'ordinamento giuridico si veda C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., p. 173.

La *Fortgeltungsanordnung* viene giustificata in modo del tutto curioso non sulla base della buona gestione della Pubblica Amministrazione o sulla base dell'esigenza di contenere effetti finanziari eccessivi, bensì sulla base del comportamento – reiterato nel tempo – che hanno tenuto i contribuenti, quasi a volere sgnificare… "chi ha dato ha dato, chi ha avuto ha avuto".

Sembra interessante sottolineare che più duratura è la situazione di illegittimità costituzionale sottesa alla *Fortgeltungsanordnung*, più sarà necessario sarà procedere all'eliminazione della norma incostituzionale. Così M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., p. 243.

258. Così C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., p. 172.

259. S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 178.

260. In questo senso C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., p. 172.

261. Si veda *BVerfGE* 125, 175 (259).

Sezione terza
La gestione del fattore “tempo” e i fatti

Capitolo I
Esperti ed *amici curiae* tra Italia e Germania

0. Premessa

Nel presente capitolo si indagherà sulla gestione del fattore "tempo" e la conoscenza dei fatti.

Se nel par. 1 si studieranno i (rilevanti) poteri istruttori attivabili dal *BVerfG*, nel par. 2 verrà analizzato l'istituto degli *amici curiae* nell'ordinamento tedesco. Successivamente, sempre con riferimento all'ordinamento tedesco, i parr. 3 e 3.1 sono dedicati all'istituto degli esperti, mentre il par. 4 pone in evidenza i limiti legati all'acquisizione di materiale istruttorio da parte del *BVerfG*. Il par. 5 è dedicato al rapporto (cruciale) tra modulazione degli effetti nel tempo e attivazione dei poteri istruttori: ne è emblematica la pronuncia del *BVerfG* analizzata nel par. 5.1. Il par. 6 indaga l'ordinamento italiano, verificando, in particolare, l'utilizzo dei poteri istruttori in rapporto alle c.d. sentenze "di spesa"; successivamente, al par. 7, si analizzerà il rapporto tra attivazione dei poteri istruttori e la tecnica del rinvio al legislatore, così da approfondire ulteriormente le modalità di ingresso nel

giudizio costituzionale dei "fatti". Infine, se il par. 8 è dedicato all'analisi dell'istituto degli esperti e degli *amici curiae* alla luce della recente riforma delle N.I., il par. 9 cerca di trarre alcune riflessioni conclusive – e comparative – in merito al rapporto tra il fattore "tempo" e la conoscenza dei fatti da parte del Giudice costituzionale.

1. I poteri istruttori attivabili dal *BVerfG*

Il *BVerfG* si è definito "*Herr des Verfahrens*"[1], cioè signore del processo[2]: il governo delle regole del processo costituzionale tedesco emerge con evidenza nell'utilizzo dei poteri istruttori[3], che trovano la propria fonte, come posto in evidenza dalla dottrina, nel *BVerfGG*, nella Costituzione[4], nei regolamenti adottati dal *BVerfG* e nella stessa giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale[5].

Come posto in evidenza da attenta dottrina, il legislatore ha modellato la disciplina dei poteri istruttori del *BVerfG* in modo tale da rendere quest'ultimo un vero "signore" dell'istruttoria del proprio giudizio: la letteratura ha fatto specifico riferimento al § 26 *BVerfGG* qualificandolo nel senso di un "Blankoscheck", cioè una disposizione che ha lasciato carta bianca al Tribunale costituzionale in merito alla ricerca della "verità processuale"[6].

1. Cfr. G. REPETTO, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione politica nel prisma del* Bundesverfassungsgericht, in "Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano", cit., p. 32.

2. Come posto in evidenza da D'Amico, il *BVerfG* è anche "signore dell'esecuzione" della decisione: si consideri, in questo senso, i poteri che gli sono stati attribuiti ai sensi del § 35 *BVerfGG*, in M. D'AMICO, N. FIANO, *Tipologia ed effetti delle decisioni del* Bundesverfassungsgericht, in "Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano", cit., p. 165.

3. Così K. OTTE, *Amicus curiae: Drittbeteiligung ohne Interventionswirkung auch in Deutschland?*, in *DAJV-NL*, 3/1990, p. 40. Si veda anche C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, Ducker & Humblot, Berlin, 2020, p. 292. Emblematiche dell'utilizzo dei poteri istruttori sono le pronunce *BVerfGE* 61, 358, *BVerfGE* 94, 49, *BVerfGE* 133, 168.

4. Si pensi, in questo senso, alle norme che fondano lo Stato di diritto (art. 20 III) e i diritti fondamentali del processo (art. 19 par. 4 *GG*, 101 par. 1 alinea 2 *GG* e art. 103 par. 1 *GG*). Non vi sono norme che riconoscono il diritto alle prove nell'ambito del diritto costituzionale processuale. Così C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 95-96.

5. Sull'esigenza di un maggior grado di trasparenza nella raccolta di prove nel contesto della giustizia costituzionale si veda C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 344.

6. Sul punto di veda M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, in *Diritto e Società*, Editoriale Scientifica, Napoli, 3/2019, p. 354.

Tanto chiarito, il *BVerfG* spesso acquisisce dati e informazioni ulteriori rispetto alle allegazioni delle parti in causa[7] e raccoglie prove con riferimento ai c.d. *legislative facts*[8], rispetto ai quali rileva, del tutto significativamente, il c.d. *C.II Standard*[9].

Le disposizioni del *BVerfGG* che disciplinano i poteri istruttori attivabili dal *BVerfG* corrispondono al § 26 *BVerfGG*, che sancisce il menzionato *Untersuchungsgrundsatz*[10], il § 27 *BVerfGG*, il quale, alla lettera a. prevede quale singolo mezzo di prova l'audizione di "terzi esperti", il § 28 *BVerfGG*, relativo all'audizione di testimoni[11] e il § 29 *BVerfGG*, sull'assunzione delle prove da parte delle parti del processo principale.

Il menzionato § 26 *BVerfGG*, sancisce, al primo comma, "un principio inquisitorio in materia di prove"[12]: secondo la disposizione in commento, "il Bundesverfassungsgericht raccoglie le prove necessarie per indagare la verità"[13].

Peraltro, il Tribunale costituzionale federale pone in essere, anche grazie alla collaborazione con gli altri organi costituzionali, sancita dal § 27 I *BVerfGG*, la ricerca della verità[14].

7. N. JANZ, S. RADEMACHER, *Die Last der Begründung - Nachschieben von Gründen und Untersuchungs-grundsatz im Verfassungsprozess*, in *NVwZ*, 2004, p. 187.

8. Cfr. W. KLUTH, *Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1999, p. 3515.

9. Si tratta del c.d. criterio di proporzionalità.

10. Viene definito, sulla scorta di quanto affermato dallo stesso *BVerfG* nella decisione *BVerfGE* 107, 339 "illimitato" da parte della dottrina di Schlaich e Korioth. Cfr. K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, C. F. Beck, München, 2021, Rn. 58-60.

11. Pare interessante rinviare, sul profilo dell'opportunità di audire "come testimoni soggetti esterni agli interessi implicati nella controversia" a P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'*amicus curiae *davanti alla Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 1/2019, p. 121.

12. Così G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 306.

13. Sul grado di vincolatività della disposizione in commento rispetto all'attività del Giudice delle leggi tedesco C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 107.

Pare interessante porre in evidenza il fatto che l'obbligo alla ricerca della verità tramite l'utilizzo dei mezzi di prova che si rivelino utili ai fini della decisione si potrebbe fondare sull'effetto vincolante delle pronunce del *BVerfG*. C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 109.

14. Cfr. come sottolineato da M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, cit., p. 353.

2. Gli *amici curiae* tra Germania e Italia

Nell'ordinamento tedesco l'istituto degli *amici curiae* è disciplinato dal § 27 a *BVerfGG*[15], ai sensi del quale "Il Bundesverfassungsgericht può consentire a terzi esperti di presentare le proprie osservazioni".

La configurazione degli *amici curiae* nella categoria generale dei "terzi esperti" pare di particolare interesse perché impone di riflettere non solo sul possibile rapporto tra questi ultimi e gli stessi *amici curiae*, ma anche sul loro possibile contributo di natura tecnica.

Infatti, si potrebbe considerare che l'ammissione delle opinioni scritte degli *amici curiae* si ponga in linea con l'attrazione nel processo costituzionale di conoscenze di carattere *anche* tecnico, in parte non dissimili da quelle che potrebbero porsi a valle dell'audizione di "esperti di chiara fama", pur coincidendo gli *amici curiae* con associazioni senza scopo di lucro portatrici di interessi collettivi e diffusi.

Pare possano esserci, effettivamente, "situazioni di confine nelle quali la distinzione può risultare problematica"[16]; d'altra parte, è anche vero che i due istituti vanno tenuti distinti e non sono fungibili[17], collocandosi peraltro la figura degli esperti "più propriamente tra i poteri istruttori di titolarità del giudice costituzionale"[18].

Il rapporto tra *amici curiae* ed esperti è stato delineato da recente dottrina, secondo cui l'art. 14-*bis* N.I[19]., richiamerebbe "in maniera ancora più profonda il ruolo che la figura dell'*amicus curiae* svolgeva nel processo privato romano ossia il consulente del tribunale"[20]; inoltre, è stata salutata con

15. K. DIEL-GLIGOR, *Amici curae vor deutschen Gerichten - bald Normalität?*, in *LTO*, 2021.

16. Cfr. L. SALVATO, L'amicus curiae *nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il Procuratore Generale della Corte di Cassazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, p. 742.

17. Cfr. ancora L. SALVATO, L'amicus curiae *nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il Procuratore Generale della Corte di Cassazione,* cit., p. 742. Si veda anche S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più "aperta": la Consulta ammette le opinioni scritte degli "amici curiae" e l'audizione di esperti di chiara fama*, in *Sistema Penale*, 2020.

18. A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC,* 2/2020, p. 435. *Contra* A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020, pp. 23-26, secondo il quale, a pp. 23-24, se i poteri istruttori "sono uno strumento per l'assunzione dei mezzi di prova (artt. 12, 13, 14 n.i.), l'audizione degli esperti non è finalizzata a produrre una prova".

19. Per un'analisi approfondita sugli *amici curiae* cfr. A. VUOLO, L'amicus curiae, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2021.

20. Si veda, in questo senso, C. DELLA GIUSTINA, Amicus curiae: *dalle origini alle modifiche delle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale"*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, p. 519.

favore la doppia introduzione della "figura dell'*amicus curiae* e dell'intervento di terzi, esterni, in veste di esperti", poiché "le decisioni della Corte vertono spesso, oltreché su temi giuridici, anche su questioni tecniche come quelle economico-finanziarie o scientifiche"[21].

Non solo, gli *amici curiae* assumerebbero un ruolo fondamentale nell'acquisizione di "materiale esterno" nella forma dei *legislative facts* e degli elementi di diritto internazionale e comparato[22].

Tanto chiarito, la dottrina tedesca si riferisce ai "terzi esperti" di cui all'art. 27 a *BVerfGG* nel senso di individui che forniscono, solo ed esclusivamente in modo "passivo" e quindi su iniziativa del *BVerfG*, un contributo al giudizio costituzionale[23] purché l'apporto di conoscenze risulti utile ai fini della definizione del processo costituzionale[24].

Inoltre, il deposito di memorie da parte di *amici curiae* non pare particolarmente diffuso nella giustizia costituzionale tedesca; tuttavia, il ricorso alle conoscenze derivanti dalle opinioni degli *amici curiae* pare potersi valutare in senso positivo, poiché idoneo a promuovere la formazione di una nuova e dinamica "cultura giuridica"[25].

21. Così R. CARIDÀ, *Notazioni minime su* amici curiae *ed esperti nel processo costituzionale*, in *Consulta Online*, 2020, p. 602. In questo senso anche G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, Jovene Editore, Napoli, 2021, pp. 220-221. Per un'indagine sulla relazione tra poteri istruttori e questioni di natura tecnica cfr. E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della Corte costituzionale*, in "Liber Amicorum per Pasquale Costanzo", *Consulta Online*, 2020.

22. M. ROMAGNOLI, *The Italian Constitutional Court Opens Up to Hear the Voice of Civil Society*, in *Verfassungsblog*, 2020.

23. Cfr. W. BLANQUETT, C. CASSER, *Amicus Curiae in Deutschland. Drittbeteiligung von Verbänden durch Amicus-Curiae-Stellungnahmen in Gerichtsverfahren der unteren Instanzen*, in "Working Paper nr. 10 2016", *www.kj.nomos.de*, 2016, p. 103.

Un esempio di intervento di terzo del tutto significativo è quello dell'audizione che è stata svolta in occasione dell'udienza pubblica dinnanzi al *BVerfG* al fine di acquisire maggiori informazioni in tema di clausola di sbarramento del 5% nell'elezione dei parlamentari europei. Cfr. *BVerfGE* 129, 300 (316).

Altresì significativo è l'intervento dell'UNHCR richiesto dal *BVerfG* nel marzo 2011 nell'ambito di un ricorso diretto in tema di permesso di soggiorno. Cfr. *UNHCR letter to the Federal Constitutional Court of Germany relating to the case* 1 *BvL* 3/11 - *Schreiben an das Bundesverfassungsgericht*.

24. Cfr. R. ZUCK, *Amicus curiae - der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG*, in *NVwZ*, 2016, p. 1135.

25. Così Cfr. W. BLANQUETT, C. CASSER, *Amicus Curiae in Deutschland. Drittbeteiligung von Verbänden durch Amicus-Curiae-Stellungnahmen in Gerichtsverfahren der unteren Instanzen*, cit. pp. 105-106. Sul rischio che una simile "cultura" possa porsi in contraddizione con lo Stato di diritto cfr. C. TANI, *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale*, in *www.lacostituzione.info*, 2020.

Le opinioni in questione non solo si pongono in piena armonia con il corretto dispiegamento del c.d. *Untersuchungsgrundsatz*, ma rispondono anche all'esigenza di una protezione giuridica di natura effettiva dei diritti dei singoli, che trova riscontro nel principio dello Stato di diritto[26]; non solo, l'istituto in questione risponde anche all'esigenza di aprire il Tribunale costituzionale alla "società civile", così da introdurre nel giudizio costituzionale dati e informazioni di rilievo in alcuni specifici ambiti del diritto, oltre che garantire la corretta applicazione del principio di proporzionalità, fondamentale non solo nell'ambito della c.d. *Verfassungsbeschwerde* ma anche nell'ambito del giudizio astratto[27].

In buona sostanza, verrebbe valorizzato quel pluralismo delineato da Häberle, secondo cui l'arricchimento dell'informazione deve potersi legare all'ampiamento della partecipazione al processo costituzionale;[28] peraltro, la dialettica *endoprocessuale* innescata dal deposito di memorie scritte da parte degli *amici curiae* e dall'audizione di esperti contribuisce, più che alla "politicizzazione" della Corte e alla sua "degiuridicizzazione"[29], al rafforzamento della sua "logica decisionale", diversa e *altra* rispetto a quella "politico-discrezionale dell'organo parlamentare il cui prodotto legislativo è sotto giudizio"[30], di rilievo per l'adozione di "decisioni meglio argomentate"[31].

26. R. ZUCK, *Amicus curiae - der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG*, cit., p. 1135.

27. Cfr. R. ZUCK, *Amicus curiae - der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG*, cit., p. 1134.

28. P. HÄBERLE, *Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht im Spiegel del Judikatur des BverfG*, cit., pp. 382 e ss. Sul punto e, nello specifico, sul rapporto tra Corte costituzionale e società civile, si rinvia a A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, in "Liber Amicorum per Pasquale Costanzo", *Consulta Online*, 2020.

29. Su alcune perplessità legate alla riforma delle N.I si veda P. RIDOLA, *"La Corte si apre all'ascolto della società civile"*, in *Federalismi*, editoriale, 2020.

30. Cfr. A. PUGIOTTO, *Per un'autentica dialettica alla Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2019, p. 364, così come richiamato da C. DELLA GIUSTINA, Amicus curiae: *dalle origini alle modifiche delle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*", cit, p. 520. In questo senso anche A. M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere* amicus curiae *e esperti dalla porta principale*, in *Diritti Comparati*, 2020.

31. Cfr. T. GROPPI, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *www.lavoce.info*, 2020.

3. *Verfassungsbeschwerde* e audizione di esperti

Il modello tedesco presenta "un contradditorio più articolato, dove le più importanti decisioni sono di solito accompagnate dall'opinione di esperti"[32], la cui acquisizione costituisce un'eccezione al principio della raccolta "libera" di prove che contraddistingue il processo costituzionale tedesco[33].

Il *BVerfG* ha avuto modo di convocare e audire esperti, oltre che di acquisirne i pareri, in diverse tipologie di giudizio, con l'obiettivo di raccogliere dati su questioni tecnico-scientifiche e specialistiche[34].

Ebbene, l'attivazione dei poteri istruttori rileva nell'ambito della c.d. *Verfassungsbeschwerde*[35] e, in misura minore, nel contesto del giudizio in via incidentale.

Con riferimento al ricorso diretto, rimedio di natura eccezionale, il *BVerfG* può integrare le mancanze relative alla (difettosa) allegazione dei fatti da parte delle parti in ragione della specifica funzione dello stesso, cioè quella di tutelare, in via diretta, i diritti dei singoli[36]; nel caso della c.d. *konkrete Normenkontrolle* il *BVerfG* è tenuto a rispettare il principio del c.d. chiesto e pronunciato, muovendosi entro il tracciato "fattuale" enucleato dal giudice *a quo*.

Un esempio significativo è rappresentato dalla sentenza sull'omosessualità maschile del 10 maggio 1957[37], ove, in seguito all'audizione di alcuni

32. Così M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione Giustizia*, 4/2020, p. 130.

33. Così C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 310.

34. Sull'adeguamento da parte della Corte costituzionale a nuovi contesti si veda R. CARIDÀ, *Notazioni minime su* amici curiae *ed esperti nel processo costituzionale*, in *Consulta Online*, 2020, p. 609. L'acquisizione di pareri dei *sachkundiger Dritter* permette al *BVerfG* di acquisire dati di natura sociale, politica, culturale ed economica. Così K. HABERZETTL, *Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG*, in *NVwZ*, 2015, p. 30.

Si consideri, inoltre, che talvolta il *BVerfG* fa riferimento ad esperti "informatori", altre volte, invece, si riferisce a "esperti".

35. In questo senso cfr. G. REPETTO, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione politica nel prisma del* Bundesverfassungsgericht, cit., p. 308. Si segnala la c.d. Apotheken Urteil (*BVerfGE* 7, 377).

36. Cfr. R. ZUCK, *Amicus curiae - der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG*, cit., p. 1133. Nel caso delle *Urteilsverfassungsbeschwerden*, però, il Custode delle leggi tedesco basa il proprio giudizio sulle conclusioni raggiunte delle altre Corti. Cfr. K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, C. F. Beck, München, 2015, Rn. 60. *Contra*, sempre con riferimento alla *Urteilsverfassungsbeschwerde*, la tesi di K. HABERZETTL, *Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG*, cit., p. 30, secondo il quale talvolta, anche se raramente, il *BVerfG* corregge o verifica le risultanze fattuali dei giudici *a quibus*.

37. *BVerfGE* 6, 389. Per un commento si veda N. DRÖNNER, *Das "Homosexuellen-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts aus rechtspolitischer Perspektive*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, p. 2.

medici, psicologi, sociologi e della polizia criminale, il *BVerfG* ha ritenuto di rigettare i ricorsi individuali proposti nei confronti della sentenza adottata dal Tribunale distrettuale di Amburgo il 2 febbraio 1952, con cui il primo ricorrente era stato condannato, ai sensi del § 175 *Strafgesetzbuch* (*StGB*), alla pena detentiva di un anno e otto mesi per avere intrattenuto continuativamente rapporti sessuali con uomini e, ai sensi del § 175 a n. 3 *StGB*, per il reato di avere tentato di intrattenere rapporti sessuali aggravati[38] con persone di sesso maschile.

Similmente, il secondo ricorrente era stato condannato dal medesimo Tribunale per avere intrattenuto rapporti sessuali aggravati con persone di sesso maschile ai sensi del § 175 a n. 3 *StGB*, per il reato di favoreggiamento dei rapporti sessuali ai sensi dei §§ 175 a n. 3, 49 *StGB* e per avere avuto rapporti sessuali con una persona di sesso maschile ai sensi del § 175 *StGB*.

Secondo i ricorrenti, le disposizioni in base alle quali erano stati condannati non solo non potevano più essere dotate di efficacia poiché entrate in vigore durante il nazionalsocialismo, ma, in subordine, poiché contrarie agli artt. 2 e 3 *GG*[39], che sanciscono, rispettivamente, il diritto al libero sviluppo della propria personalità e il principio di non discriminazione.

Infatti, secondo i ricorrenti, le relazioni sessuali tra uomini non violavano un interesse pubblico; inoltre, si ponevano in contrasto anche con l'art. 3, comma 2[40] e 3[41] *GG*, in quanto le relazioni sessuali tra donne, al contrario di quelle tra uomini, non erano configurabili come reato.

Il *BVerfG* decise di non accogliere i ricorsi poiché non era possibile stabilire con certezza, rispetto al bene giuridico corrispondente all'interesse pubblico, l'opportunità dell'assenza della previsione di una pena nei confronti dell'attività omosessuale maschile.

Nella pronuncia è espressamente indicata la raccolta di dati e informazioni di natura tecnica "in vista della preparazione dell'udienza pubblica"; inoltre, il *BVerfG* si è premurato di riportare le risultanze degli esperti che avevano risposto a domande sulla differenza di libido tra omosessualità maschile e femminile, sulla minaccia alla società rappresentata dall'omosessualità maschile e femminile e sulla prostituzione omosessuale.

In conclusione, alla luce delle risposte fornite dagli esperti, il *BVerfG* ha avuto modo di affermare che le disposizioni penali contro l'omoses-

38. Così il testo letterale della norma oggetto del ricorso individuale.

39. Cfr. *BVerfGE* 6, 389, Rn. 30.

40. "*Männer und Frauen sind gleichberechtigt*" ("*Gli uomini e le donne hanno pari diritti*").

41. "*Niemand darf wegen seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden*" *(Nessuno può essere discriminato o favorito per il suo sesso").*

sualità maschile, di cui ai §§ 175 e ss. *StGB*, non violavano il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 2 e comma 3 *GG*.

Inoltre, secondo il *BVerfG*, le disposizioni del codice penale oggetto dei ricorsi individuali non avrebbero leso il diritto fondamentale al libero sviluppo della personalità, di cui all'art. 2 *GG*, poiché l'attività omosessuale risultava lesiva della legge morale e, soprattutto, poiché non vi era la possibilità di stabilire con chiarezza se la mancata punizione della stessa avrebbe coinciso con il pubblico interesse.

Sempre nel contesto della c.d. *Verfassungsbeschwerde*, hanno svolto un ruolo di rilievo gli esperti nella sentenza sul velo del 2003[42].

In tale pronuncia, il *BVerfG* ha accolto il ricorso avverso la pronuncia adottata dall'autorità scolastica del *Land Baden-Württemberg*, e successivamente confermata dai Tribunali amministravi del *Land*, che precludeva la possibilità di insegnare indossando il velo.

Il *BVerfG* aveva dichiarato, in base alla ricerca effettuata dal Dott. Karakasoglu, in cui erano state raccolte venticinque testimonianze sulle ragioni legate alla percepita esigenza di indossare il velo da parte di giovani studentesse[43], che il fatto stesso di indossare il velo non andava a coincidere con una forma di emarginazione sociale della donna (*BVefGE* 108, 282 (304), ma, anzi, che esso andava a costituire una forma di garanzia del libero sviluppo della personalità.

Inoltre, alla luce delle dichiarazioni del Prof. Bliesener, ascoltato nel corso dell'udienza pubblica, non vi era nessuna prova o conoscenza certa rispetto all'influenza (negativa) che il velo avrebbe potuto esercitare sugli studenti[44].

La decisione di accoglimento da parte del *BVerfG*, in buona sostanza, si spiega in ragione di una approfondita e dettagliata indagine istruttoria[45], ove gli esperti hanno fornito dati di rilievo ai fini dell'assunzione della decisione.

42. Si veda anche M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 359-360.

43. *BVefGE* 108, 282, Rn. 52.

44. Cfr. *BVefGE* 108, 282, Rn. 56.

45. "*In the oral hearing, the complainant and her attorney, and the Land Baden-Württemberg (Stuttgart Higher School Authority), represented by Professor Dr. F. Kirchhof, amended and extended their written submissions. The following expert witnesses were heard: Dr. Karakasoglu, Essen, on the reasons why young Muslim girls and women in Germany wear a headscarf; Professor Dr. Riedesser, Hamburg, Professor Dr. Bliesener, Kiel, and Ms Leinenbach, Director of the Psychological Department (Stuttgart Higher School Authority) on questions of a possible influence on children of primary school and non-selective secondary school age from the point of view of child and developmental psychology*".

Così *BVefGE* 108, 282, Rn. 28.

3.1. *La sent. adottata il 30 luglio 2008 sul divieto di fumo nei ristoranti del* Land Baden Württenberg

In occasione della pronuncia *BVerfGE* 121, 317 del 30 luglio 2008 sul divieto di fumo nei luoghi pubblici il *BVerfG* è stato chiamato a decidere su due leggi del *Land* Berlino e *Baden-Württenberg* che avevano vietato il fumo nei luoghi pubblici, compresi bar e ristoranti: nel caso di specie, la modalità di utilizzo da parte del *BVerfG* dei dati tecnico-scientifici acquisiti è stata contraddistinta da un certo grado di problematicità, e ciò nonostante i dati tecnici siano stati acquisiti formalmente[46].

Alla luce di una relazione dell'Agenzia Federale per le Statistiche, le entrate economiche dei locali dei *Länder* nei quali, di fatto, erano state applicate le norme che vietavano il fumo, erano inferiori rispetto a quelle degli altri *Länder*[47]; per tale ragione, il *BVerfG* si era pronunciato a favore dell'illegittimità costituzionale delle norme "nella misura in cui imponevano un divieto assoluto di fumo"[48], anche alla luce della considerazione per cui non era possibile fondare con certezza la decisione su dati univoci legati al livello di nocività del fumo passivo[49].

L'utilizzo dei dati acquisiti è stato fortemente criticato per due ragioni: in primo luogo, in quanto il *BVerfG* non avrebbe considerato le evidenze scientifiche offerte dagli esperti sul rischio di morte dovuto al fumo passivo[50]; in secondo luogo, in quanto i numeri considerati dal *BVerfG* non si riferivano ad un "arco temporale sufficientemente ampio" e le norme antifumo, in realtà, pesavano marginalmente sulle finanze dei locali interessati dal divieto[51].

46. Sulle problematicità legate all'acquisizione di dati nella veste "informale" e quindi sull'impossibilità di conoscere le fonti dei dati acquisiti cfr. A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, cit., p. 20; allo stesso modo, si veda G. P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 2021, pp. 8-13.

47. Cfr. G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Giappichelli, Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano, 2020, p. 27.

48. Si veda ancora G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., p. 28.

49. Il *BVerfG* ha statuito l'impossibilità di prendere una decisione sul fumo passivo nonostante avesse letto, oltre che riportato nella stessa pronuncia, lo studio pubblicato dal centro di ricerca tedesco sui tumori del 2005.

50. Molto critica è la tesi di Brink. Cfr. S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, in (a cura di H. Rensen, S. Brink), "Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern", De Gruyter, Berlin, 2009, p. 26.

51. G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., p. 28.

4. L’attivazione dei poteri istruttori nell’ordinamento tedesco tra *konkrete Normenkontrolle* e *abstrakte Normenkontrolle*: i limiti

Soprattutto nel caso in cui siano in gioco i diritti fondamentali, il *BVerfG* fa ricorso all’audizione o all’acquisizione di pareri da parte di esperti.

Esistono, però, due “limiti” strutturali relativi all’attivazione da parte del *BVerfG* dei poteri istruttori.

In primo luogo, nell’ambito del giudizio in via incidentale (*konkrete Normenkontrolle*), la conoscenza dei fatti non assume rilievo, ove invece assume importanza la ricostruzione degli stessi da parte del giudice *a quo*[52], atteso che, come ha avuto modo di affermare lo stesso Tribunale costituzionale federale nella *BVerfGE* 17, 135, al Custode della Costituzione spetta il compito di decidere sulle questioni di legittimità costituzionale[53].

Pare interessante notare che nella pronuncia in questione il Tribunale costituzionale federale ha calato il § 26 *BVerfGG* nel contesto del giudizio in via incidentale, governato dall’art. 100, comma 1, *GG*[54], affermando che la prima disposizione deve potersi interpretare in modo *ragionevole*, cioè in senso aderente alla *ratio* che plasma il giudizio in via incidentale.

Nel giudizio in via incidentale, infatti, il *BVerfG* si muoverebbe su un terreno “già preparato”[55]: è la stessa ordinanza di rimessione che deve contenere i c.d. “Tatsachenmaterials”, i dati di fatto su cui poi il Giudice delle leggi tedesco può fondare la propria decisione.

L’autonoma ricerca della verità sconta, pertanto, il limite dell’impostazione dei fatti così come tracciata nella c.d. *Richtervorlage*, l’ordinanza di rimessione.

52. S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., p. 15.

53. Così Cfr. *BVerfGE* 17, 135 (138 ss), come posto in evidenza da M. JAESTEDT, O. LEPSIUS, C. SCHRÖNBERGER, C. MÖLLERS, *The German Federal Constitutional Court: The Court without limits*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 96. La tesi in commento è stata di recente confermata da K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., Rn. 58-60, secondo i quali, nei casi di specie, le possibilità di cui al § 26 *BVerfGG* rimangono “inutilizzate”.

54. “Se un tribunale considera incostituzionale una legge la cui validità è rilevante per la decisione, il procedimento viene sospeso e, se si tratta della violazione della costituzione di un Land, si ottiene la decisione del tribunale del Land competente per le controversie costituzionali, se si tratta della violazione della presente Legge Fondamentale, la decisione della Corte costituzionale federale. Questo vale anche se si tratta della violazione della presente Legge Fondamentale da parte della legge del Land o dell’incompatibilità di una legge del Land con una legge federale”.

55. In questo senso S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit, p. 27, che fa esplicito riferimento alla tipologia di giudizio della *Urteilsverfassungsbeschwerde*, simile, quanto al rapporto tra Giudice delle leggi e giudice *a quo*, alla c.d. *konkrete Normenkontrolle*.

Eppure, in via generale, il *BVerfG* deve determinare autonomamente i fatti rilevanti per la decisione ed è tenuto a raccogliere le prove necessarie in senso conforme a quanto disposto dalla normativa rilevante[56].

La ragione di una simile strutturazione del rapporto tra *BVerfG* e giudice *a quo* nella *konkrete Normenkontrolle* consiste nella peculiare configurazione del giudizio incidentale tedesco, disegnato "come la manifestazione di una vera e propria censura da parte del giudice nei confronti della legge […] con la conseguenza che la deduzione di elementi probatori e di fatto a supporto dell'incostituzionalità della norma di legge spetta direttamente al giudice ricorrente"[57].

In secondo luogo, con riferimento al controllo astratto, il c.d. *abstrakte Normenkontrolle*, il *BVerfG* procede alla conoscenza dei fatti senza essere in alcun modo legato alle risultanze fattuali degli altri organi costituzionali, tra i quali rileva, *in primis*, il legislatore[58], così operando un esame dettagliato delle previsioni e delle prognosi legislative (*gesetzgeberische Prognosen*)[59].

In letteratura è stato evidenziato che l'accertamento dei fatti posti dal legislatore a fondamento della propria decisione politica costituisce un aspetto centrale e strutturale del controllo di legittimità costituzionale[60].

Non raramente, infatti, il *BVerfG* è tenuto a colmare lacune presenti nella determinazione dei fatti da parte del legislatore, assumendo, quanto al metodo e alle procedure, veste "legislativa"[61].

Sul piano dogmatico, nella tipologia di giudizio in questione, l'oggetto dell'indagine istruttoria è rappresentata dalle circostanze di natura sociale

56. Si veda ancora C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 347.

57. Così G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, cit., p. 307.

58. Del tutto significativa è la sentenza *BVerfGE* 39,1 adottata nel 1975 in tema di interruzione volontaria di gravidanza. Cfr. S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., p. 14.

59. Così K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., Rn. 60.

60. Così si è espresso F. OSSENBÜHL, *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*, in "Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlass d. 25 jährigen Bestehens d. Bundesverfassungsgericht", Tübingen, Mohr, 1976, p. 469.

Quanto appena scritto è confermato dalla *BVerfGE* 110, 141, Rn. 116 sui cani da combattimento.

61. W. KLUTH, *Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 3515. In generale, la dottrina tedesca ha evidenziato che l'assenza di regole nell'indagine della verità rischia di compromettere il principio di separazione tra poteri. Cfr. K. HABERZETTL, *Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG*, cit., p. 31.

o economica che si sono poste a fondamento della decisione politico-legislativa[62], e che si riferiscono, necessariamente, ad una classe di persone o cose[63].

Al fine di bilanciare l'esigenza di sindacato con quella di rispettare la sfera discrezionale del legislatore, nell'ottica del rispetto del principio della separazione tra poteri[64], l'invasione da parte del *BVerfG* nel campo degli accertamenti fattuali posti in essere dal Parlamento può considerarsi del tutto (costituzionalmente) legittima nel caso in cui non sia possibile identificare alcuna base fattuale rispetto alla misura legislativa adottata[65].

In definitiva, sul terreno del sindacato sui c.d. *legislative facts* è possibile registrare un rapporto di contrasto tra legislatore e *BVerfG*, tanto è vero che nell'ambito della sesta legislatura è stata depositata una proposta di legge da parte dell'On. Dichans, finalizzata a introdurre un § 26a nella legge sul funzionamento della Corte costituzionale federale così da prevedere un vincolo da parte del *BVerfG* alle constatazioni di fatto e alle prognosi del legislatore[66].

Vale la pena ricordare che la proposta di legge in questione non è mai stata approvata in ragione delle critiche avanzate sul rischio che l'indipendenza del *BVerfG*, nella ricerca e nella determinazione dei fatti, venisse meno, così indebolendo il ruolo del Custode delle leggi e subordinandolo alle prospettazioni del legislatore[67].

Infine, per rendere configurabile ed efficace il *test* di proporzionalità che svolge il *BVerfG* nel giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi, il legislatore è tenuto a corredare le scelte legislative con "dati verificabili sui propri scopi e mezzi"[68] e tali dati devono potere essere verificabili.

A tale petizione di principio corroborata da Arndt, secondo il quale "il *Bundesverfassungsgericht* afferma la propria competenza nel ricercare in modo autonomo la verità laddove risulti necessaria per una decisione affi-

62. S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., p. 12.

63. Ancora, si veda S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., p. 12.

64. Così K. HABERZETTL, *Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG*, cit., p. 30.

65. S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., p. 13.

66. W. KLUTH, *Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 3515.

67. Così W. KLUTH, *Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 3515.

68. M. JAESTEDT, O. LEPSIUS, C. SCHRÖNBERGER, C. MÖLLERS, *The German Federal Constitutional Court: The Court without limits*, cit., p. 97. Per una recente indagine sulla *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* si veda G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., pp. 6-7.

dabile e consapevole, ai fini della tutela della tutela della Costituzione"[69], si accompagna un certo grado di difficoltà nel reperimento dei fatti.

La dottrina, a questo proposito, fa riferimento ad un "trouble fact-finding"[70], soprattutto rispetto ai casi riguardanti la violazione della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 5 *GG*, ove il contesto di riferimento assume un ruolo fondamentale.

Infine, proprio perché i fatti assumono un ruolo fondamentale nell'ambito della giustizia costituzionale tedesca ai fini dello svolgimento del c.d. *proportionality test*, il Giudice delle leggi esige chiarezza nell'evidenziazione dei mezzi e delle finalità delle leggi, così da potere operare un "controllo di adeguatezza di un *mezzo*, il prescelto tra diversi possibili, rispetto ad uno *scopo*"[71].

5. Il *BVerfG* e l'utilizzo dei poteri istruttori nella modulazione degli effetti nel tempo

Nel presente paragrafo si indagherà la relazione esistente tra i poteri istruttori e la modulazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità nel tempo, considerando, in un primo momento, l'esperienza tedesca, sotto alcuni aspetti non dissimile da quella italiana.

Nella pronuncia *Hartz IV*[72] il *BVerfG* ha applicato il test di proporzionalità per poi operare un rinvio al legislatore.

Dall'analisi della pronuncia in questione è possibile porre in evidenza come, in generale, la necessità di conoscere dati e fatti non sia determinata dall'"allargamento del contraddittorio nel giudizio costituzionale, ma da una prospettiva di razionalizzazione del sistema di produzione legislativa considerato nel suo complesso"[73].

Sotto quest'angolo prospettico, chi scrive intende indagare sul rilievo che la discrezionalità legislativa ha assunto nell'indagine istruttoria svolta dal *BVerfG* e, in un secondo momento, nell'adozione della tipologia decisionale.

69. Così NJW 1962, 783 ff. (785).

70. M. JAESTEDT, O. LEPSIUS, C. SCHRÖNBERGER, C. MÖLLERS, *The German Federal Constitutional Court: The Court without limits*, cit., p. 96.

71. Così Ragone, nella descrizione del *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*. Cfr. G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., p. 6.

72. *BVerfGE* 125, 175.

73. Si tratta di una riflessione di G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 310.

Il rilievo della discrezionalità legislativa, come si vedrà, infatti, si è mossa su due piani, facendo optare il Tribunale costituzionale federale per una *Unvereinbarkeitserklärung*.

Nel caso di specie, nell'ambito di un giudizio in via incidentale, il Tribunale costituzionale ha valutato la correttezza dei dati acquisiti dal Parlamento ai fini dell'approvazione della legge sull'assegno di disoccupazione: il legislatore non aveva procedimentalizzato la determinazione delle prestazioni necessarie a garantire un livello minimo di sussistenza dignitoso che potesse porsi in linea con i bisogni effettivi dei beneficiari dell'assegno di disoccupazione[74].

Al fine di individuare la corretta portata dei fatti posti a fondamento della norma, il legislatore avrebbe dovuto valutare tutte le spese necessarie alla sussistenza nel contesto di una procedura trasparente e adeguata, in modo realistico e comprensibile, sulla base di cifre affidabili e procedure di calcolo di per sé concludenti.

In un passaggio il *BVerfG* afferma come, a causa del potere discrezionale del Parlamento, il Tribunale costituzionale federale non sia "autorizzato a determinare un importo specifico di prestazioni sulla base delle proprie valutazioni e accertamenti", e che, pertanto, "le norme incostituzionali rimangono applicabili fino a quando una nuova legge venga approvata dal legislatore"[75].

In buona sostanza, a fronte dell'analisi dei fatti che hanno condotto il Parlamento ad approvare la legge sull'assegno per la disoccupazione, il *BVerfG* si è arrestato dinnanzi alla discrezionalità legislativa, lasciando spazio alla modulazione degli effetti nel tempo e prevedendo l'applicabilità della norma fino al futuro intervento legislativo, così adottando una *Unvereinbarkeitserklärung* integrata dalla c.d. *weitere Anwendbarkeit* (la continua applicazione) della norma dichiarata incompatibile.

Il *BVerfG*, quindi, ha indagato sullo scopo e sui mezzi correlati alla legge oggetto del giudizio per rilevarne l'illegittimità costituzionale, da riparare "congiuntamente" con il legislatore.

74. In via analoga, si consideri la pronuncia B*VerfGE* 130, 263 (301) in tema di stipendi pubblici, in occasione della quale il *BVerfG* ha affermato come la giustificazione del *quantum* debba risultare in modo chiaro ed evidente dall'*iter* legislativo.

75. *BVerfGE* 125, 175.

5.1. *La modulazione degli effetti nel tempo sottesa alla c.d.* Grundsteuer*... e la conoscenza "contraddittoria" di dati rilevanti in campo economico*

In occasione dell'adozione della menzionata pronuncia sulla *Grundsteuer*[76] il *BVerfG* ha avuto modo di affermare, alla luce dell'analisi di dati ufficiali e nel giustificare la scelta di una pronuncia di incompatibilità al posto di una secca declaratoria di incostituzionalità sulla tassa immobiliare, che quest'ultima rappresentava, con un fatturato annuo compreso tra i 13 e i 14 miliardi di euro, la terza fonte d'imposta al netto dell'imposta sulle attività produttive e dell'imposta comunale sul reddito (Ministero federale delle finanze, Raccolta dati sulla politica fiscale, edizione 2016/2017, p. 15; Ufficio federale di statistica...)[77].

Per questa ragione il *BVerfG* ha ritenuto di differire gli effetti della declaratoria di incostituzionalità nel tempo, prevedendo di salvaguardare le finanze pubbliche mediante l'ordine di applicazione della norma incostituzionale fino al futuro intervento di riforma da parte del legislatore.

Inoltre, la rilevanza economica della legge dichiarata incompatibile ha portato il *BVerfG* a prevedere un doppio termine di intervento in capo al legislatore: non è raro che il Tribunale costituzionale federale adotti pronunce di incompatibilità nella materia economico-tributaria[78], pur rappresentando la previsione di un doppio *Frist* un'eccezione nel panorama della giurisprudenza temporalmente manipolativa tedesca.

Eppure, i calcoli effettuati dal *BVerfG* non sembrano (sempre) porsi a fondamento di una modulazione degli effetti nel tempo coerente, soprattutto nella materia appena menzionata, similmente a quanto accaduto nell'ordinamento italiano con riferimento alle sentt. nn. 10 del 2015 e 178 del 2015.

Si consideri, a questo proposito, che, in occasione della *BVerfGE*, 2 BvL 1/07 del 9 dicembre 2008 sull'*Einkommensteuergesetz*, il *BVerfG* ha adottato una pronuncia di incompatibilità nella materia economico-tributaria dotata di efficacia *ex tunc*, quando i costi derivanti dall'adozione di tale tipologia decisionale ammontavano a 2.530 milioni di euro; del tutto sorprendentemente, invece, nel caso dell'adozione della *BVerfG*, 1 BvL 21/12

76. Per un *focus* interessante sulla materia finanziaria e, nello specifico, sulla sentenza sulla c.d. *Grundsteuer* si veda M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, cit., p. 361.

77. Cfr. la pronuncia del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 173.

78. Si veda, sul punto, R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, cit.

del 17 dicembre 2014 sulla tassa di successione, il *BVerfG* ha optato, per tutelare le esigenze di una finanza e di un bilancio affidabile, per un'efficacia solamente proattiva[79], e ciò quando la somma dei tributi che sarebbero dovuti essere stati restituiti a titolo di indebito ammontava, di fatto, a 1.779 milioni di euro.

6. La rilevanza dei fatti nella modulazione degli effetti nel tempo nell'ordinamento italiano: un'indagine a partire dalle sentenze di spesa

Come è stato scritto, la libertà della dottrina nell'analisi del processo costituzionale non può "tradursi, in nome della fedeltà ed astratte purezze, in spensierata trascuratezza dei problemi che un collegio di giudici deve affrontare quando è chiamata a decidere, *con effetti di sistema*[80], sulla costituzionalità delle leggi"[81].

Nonostante la Corte costituzionale operi da tempo una flessibilizzazione degli effetti delle sentenze di accoglimento, tuttavia, come segnalato, "nell'esperienza costituzionale italiana è difficile rintracciare o rinvenire elementi di analisi che muovono dalla nozione di *impatto ordinamentale* con riferimento alla giurisprudenza costituzionale"[82].

Tuttavia, l'utilizzo della strumentazione temporalmente manipolativa da parte del Giudice costituzionale costituisce proprio il punto di arrivo di un preciso e dettagliato ragionamento – consistente, nei fatti, in un bilanciamento – intorno alle conseguenze derivanti dall'impatto della pronuncia, ed è nel perimetro tracciato dal giudizio in via incidentale[83] che si è posto il problema della "possibilità o necessità per la Corte costituzionale di

79. M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., p. 2083.

80. Corsivo di chi scrive. Si veda in questo senso la nota sent. n. 317 del 2009, in cui il Giudice delle leggi ha affermato che "[q]ualunque decisione di accoglimento produce effetti sistemici; questa Corte non può tuttavia negare il suo intervento a tutela dei diritti fondamentali per considerazioni di astratta coerenza formale", al cons. in dir. n. 9.

81. Cfr., del tutto significativamente, N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 16.

82. E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del* decisum *come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 401.

83. Sulla problematica legata alla recisione del nesso di incidentalità nel contesto della modulazione degli effetti nel tempo si veda, fra tutti, M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio* a quo*) della legge dichiarata incostituzionale*, cit., pp. 2 e ss.

valutare l'impatto della dichiarazione d'illegittimità costituzionale al fine di definire il contenuto normativo delle proprie pronunce o, meglio, di scegliere *tipo* e *forma* del *decisum* e delle *motivazioni* della decisione"[84].

Infatti, l'impatto della pronuncia è idonea a modellare non solo gli effetti delle sentenze di accoglimento, ma anche le stesse pronunce della Corte, così come il relativo ruolo[85].

Tanto chiarito, così come nella giustizia costituzionale tedesca, anche in quella italiana il tema dei poteri istruttori si intreccia con quello della modulazione dell'efficacia delle pronunce rispetto agli "effetti finanziari" delle pronunce di illegittimità costituzionale.

Ciò che accomuna la sent. n. 10 del 2015[86] e la sent. n. 70 del 2015 è proprio l'assenza del previo utilizzo dei poteri istruttori da parte della Corte costituzionale, che, invero, si sarebbe dovuto rendere ancora più necessario a fronte dell'entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 2012, la quale, nel modificare l'art. 81 Cost., ha riaffermato il rispetto dei principi di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico[87].

Con riferimento al periodo antecedente alla recente modifica delle N.I., il rischio dell'assenza di qualsivoglia utilizzo dei formali poteri istruttori poteva essere rappresentato dal fatto che il Giudice delle leggi potesse nascondersi "dietro il differimento degli effetti retroattivi del proprio accoglimento"[88].

Oggi, invece, la possibilità da parte della Corte costituzionale di acquisire, formalmente e alla luce di norme positivizzate, conoscenze utili per la decisione del processo costituzionale, permetterà alla stessa di citare "le cognizioni tecniche acquisite, con ciò facendo segnare un indubbio passo

84. Cfr. E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del* decisum *come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, cit., p. 404. Per una disamina sul rapporto tra anacronismo legislativo e gli oneri finanziari cfr. G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., pp. 45-57.

85. E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del* decisum *come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, cit., p. 405. A*mplius* T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Università degli Studi di Siena, 1997, p. 18.

86. Molto criticamente Ruggeri afferma in una lucida analisi della sent. n. 10 del 2015 di non sapere "fino a che punto i calcoli economici siano stati fatti in modo giusto". Cfr. A. RUGGERI, Sliding doors *per incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, cit., p. 1.

87. Come noto, in passato, il Giudice delle leggi poteva godere dell'appoggio di un Ufficio appositamente istituito che si occupava, nello specifico, della valutazione dell'impatto delle decisioni. Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., p. 33.

88. Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 356.

in avanti sia in termini di terzietà e di indipendenza della Corte sia nella direzione di assicurare la legittimazione scientifica"[89] delle sue pronunce.

Un caso peculiare (forse isolato) è rappresentato, oltre che dalla sent. n. 1 del 1991, anche dalla sent. n. 188 del 2016, in occasione della quale la Corte costituzionale ha adottato i propri poteri istruttori, così consentendole "di uscire dall'*impasse* dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata"[90].

Si tratta, forse, delle due decisioni che più hanno rivitalizzato il tema non solamente della modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento, ma anche (e non potrebbe che essere così) della conoscibilità dei fatti[91] da parte del Giudice costituzionale. Infatti, solamente in caso di decisioni fondate su dati certi, attendibili e verificabili vi è "la possibilità di comprendere le […] valutazioni in merito alla controversa modulazione degli effetti temporali delle decisioni"[92].

Alla luce della riforma delle N.I., è auspicabile il ricorso ad una proficua acquisizione dei dati di rilievo economico-finanziario e tecnico-scientifico ai fini dell'adozione di pronunce trasparenti nella parte motiva e, conseguentemente, anche nel dispositivo, nota di non poco conto se si considera quella giurisprudenza temporalmente manipolativa particolarmente "oscura" nella definizione del *dies ad quem*[93].

Ebbene, pare interessante notare, a tal proposito, che il Giudice delle leggi non ha attivato i propri poteri istruttori nell'unica sentenza di "spesa" temporalmente manipolativa adottata in seguito alla riforma delle N.I.

Infatti, la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Appello di Torino, sezione lavoro, sull'art. 38, comma 4, della l. n. 448 del 2001, che precludeva, come si è avuto modo di vedere, l'aumento della pensione agli invalidi al lavoro, è stata decisa, senza attivazione alcuna dei poteri istruttori, con la sent. n. 152 del 2020, una pronuncia di natura

89. In questo senso A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, cit., p. 20.

90. Interessante l'analisi approfondita da G. P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., p. 28. La pronuncia è stata preceduta dall'ord. n. 5 del febbraio 1991; sul punto, si veda anche T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 248.

91. Per un'indagine sui poteri istruttori e il rilievo dei fatti cfr. G. COINU, A. DEFFENU, *Altri aspetti procedurali*, in (a cura di) G. Famiglietti, E. Malfatti, P.P. Sabatelli, "Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione. Atti del Seminario di Pisa del 26 ottobre 2001", Giappichelli, Torino, 2002, pp. 230-235. Si consideri, a proposito della rilevanza dei fatti nel giudizio costituzionale, la sent. n. 96 del 1981. Cfr. M. AINIS, *Sul rilievo dei "fatti" nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2010.

92. Ancora una volta si veda M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", cit., p. 356.

93. Si consideri, ad esempio, la sent. n. 178 del 2015.

manipolativo-sostitutiva contraddistinta dalla clausola di irretroattività[94] e particolarmente problematica sotto il profilo della tutela della dignità dei singoli nella veste della garanzia del minimo vitale.

7. Il "peso" dei fatti nella tecnica del rinvio al legislatore

Il riferimento iniziale all'utilizzo dei poteri istruttori da parte del *BVerfG* e del successivo approfondimento sul rapporto tra conoscenza dei fatti e *Unvereinbarkeitserklärungen* rende opportuno affrontare l'intreccio esistente tra tecnica del rinvio al legislatore, esperti ed *amici curiae*.

Occorre porre in evidenza come, in vista dell'adozione della tecnica decisionale in questione, il Giudice delle leggi, in seguito alla modifica introdotta dalla riforma del gennaio 2020, non ha audito esperti di chiara fama o ammesso opinioni di *amici curiae*: l'unica eccezione è rappresentata dall'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo.

In quest'ultimo caso, "varie memorie scritte sono state depositate da gruppi e organizzazioni, nel ruolo dichiarato di amici curiae"[95] ai sensi dell'art. 4-ter, comma 3, delle Norme integrative.

Le opinioni scritte di cui la Corte costituzionale ha dato conto nel *Considerato in fatto* sono state depositate dall'Associazione Antigone per i diritti e le garanzie nel sistema penale, che ha posto in evidenza "la crescente incidenza percentuale dei condannati all'ergastolo rispetto al novero complessivo dei detenuti in Italia"[96].

Un'ulteriore opinione scritta è stata depositata dal Centro studi giuridici europei sulla grande criminalità - Macrocrimes, che ha posto in evidenza come una "presunzione assoluta di perdurante contiguità al contesto criminale […] sarebbe priva di ragionevolezza"[97].

L'opinione viene descritta, nelle sue linee essenziali, al pari di quella che è stata depositata dall'associazione "Nessuno Tocchi Caino", che aveva preso parte "nel ruolo analogo di amicus curiae, del giudizio definito dalla Corte EDU con la sentenza Viola"[98].

Vengono anche posti in evidenza i dati forniti dal Presidente del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà per-

94. Secondo il Giudice delle leggi, l'estensione *pro futuro* del cosiddetto "incremento al milione" agli invalidi civili totali è coerente anche con la logica del giudizio incidentale poiché l'accoglimento *ex nunc* risponde comunque all'interesse della parte che ha attivato il processo principale ed è dunque rilevante al fine della decisione che dovrà adottare il giudice rimettente. Cfr. Cons. in Dir. p.to. 8.

95. Cfr. Cons. in fatto. p.to 3.

96. Cfr. Cons. in fatto p.to. 3.1.

97. Cons. in fatto p.to 3.2.

98. Cfr. ord. n. 97 del 2021, Cons. in fatto p.to 3.3.

sonale, orientati a promuovere l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione.

Infine, il Giudice delle leggi segnala come l'opinione depositata dall'organizzazione di volontariato "L'altro diritto ODV - Centro di documentazione su carcere, devianza, marginalità" abbia appuntato l'attenzione sul ruolo che assume la sentenza Viola contro Italia nel giudizio che pendeva dinnanzi alla Corte.

Nel caso dell'ordinanza di incostituzionalità "prospettata" n. 132 del 2020, il Giudice delle leggi rileva come il 19, 29 e 31 maggio 2020, e dunque oltre il termine di cui all'art. 4-ter, comma 1, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, il Sindacato cronisti romani presso l'Associazione stampa romana avesse depositato via posta elettronica certificata le stesse opinioni scritte in qualità di *amicus curiae* depositate nel giudizio iscritto al n. 140 del r.o. 2019[99].

Ancora, prima dell'entrata in vigore della riforma, il Giudice delle leggi non ha lasciato un "posto" alla scienza o alle conoscenze tecniche nell'adozione dell'ord. 207 del 2018 e della successiva sent. n. 242 del 2019.

In una situazione complessa come quella sottesa ai casi della vita che si intersecano con la dimensione del fine vita, la Corte costituzionale, complice l'inerzia legislativa, si è assunta "un ruolo di supplenza non voluta"[100].

In effetti, considerate anche le discrasie che si sono avute sul piano sostanziale tra le due pronunce, di estremo rilievo se si considera che nella sent. n. 242 del 2019 scompare del tutto il riferimento alla "dignità" di chi vuole porre fine alla propria esistenza, non sarebbe stato poco utile, vista l'importanza, sul piano etico e tecnico-scientifico, di una corretta impostazione della declaratoria di incostituzionalità in tema di suicidio assistito, l'attivazione di istruttorie formali e il coinvolgimento diretto degli scienziati[101].

Come è stato posto in evidenza a proposito della tecnica del rinvio al Parlamento, la Corte potrebbe, "attraverso il rinvio per l'ascolto degli esperti, sortire anche l'effetto di ammonire il legislatore relativamente all'accertamento di una situazione di illegittimità costituzionale, indicando implicitamente un termine ultimo per intervenire in *subiecta materia*"[102].

99. Cfr. Cons. in fatto p.to 2.4.

100. Così M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, cit., p. 301.

101. Così ancora M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, cit., p. 301.

102. In questo senso A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, cit., p. 18.

In un'ottica comparata importa porre in evidenza che il *BVerfG*, in occasione dell'adozione della pronuncia sul suicidio assistito del 26 febbraio 2020, ha audito, nel contesto dell'udienza pubblica tenutasi il 16 e 17 aprile 2019, numerosi esperti nel campo della ricerca sul suicidio assistito e in campo psichiatrico, sociologico, epidemiologico e farmacologico.

Non solo, sono stati auditi esperti nel campo del lavoro negli *hospice*[103].

L'indagine istruttoria ha certamente contribuito all'adozione – circostanziata – della pronuncia in questione, contraddistinta da tratti rivoluzionari – dieci mesi sono stati necessari per redigerla e votarla all'unanimità –, nonché foriera di rilevanti conseguenze sul piano dei diritti, e, soprattutto, sul piano del diritto al pieno, libero e autonomo sviluppo della personalità nella scelta di porre un termine alla propria vita, indipendentemente dall'esistenza di una malattia incurabile: il divieto di agevolazione commerciale del suicidio, previsto all'art. 217 del codice penale tedesco (*StGB*), rubricato *divieto di servizi di suicidio assistito – promozione commerciale del suicidio*, violava, secondo il *BVerfG*, l'articolo 2, comma 1 ("Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale"), in combinato disposto con l'articolo 1, comma 1 ("La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla").

Sempre in merito al rapporto tra giustizia costituzionale e conoscenza dei fatti tecnico-scientifici, si consideri che, più di recente, il *Bundesverfassungsgericht* ha adottato una pronuncia di primo rilievo con riferimento alla gestione della pandemia da Covid-19.

Ci si riferisce alla pronuncia adottata il 19 novembre 2021 (1 BvR 781/21), in occasione della quale sono stati rigettati i ricorsi promossi nei confronti del § 28 b (1) alinea 1 dai nn. 3-10 e comma 7 e § 28 c dell'*Infektionsschutzgesetz* – IfSG – legge formale –, inserito dal *Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*) del 22 aprile 2021, che prevedeva rilevanti limitazioni in punto di libertà di riunione e di circolazione.

In quell'occasione, il *BVerfG* ha ritenuto non fondati i ricorsi individuali in quanto la disposizione in questione prevedeva misure conformi al libero sviluppo della personalità dell'individuo (art. 2, comma 1, *GG*) e all'art. 2, comma 2, alinea 2 *GG* in combinato disposto con l'art. 104, comma 1, alinea 1, *GG*, disciplinanti la libertà di circolazione e di movimento.

I Giudici costituzionali hanno ritenuto di fare "salve" le discipline normative affermando che il legislatore non aveva adottato misure contrarie

103. Così 2 BvR 2347/15, Rn. 179-180.

allo *standard* di proporzionalità in quanto le stesse erano pienamente rispondenti all'obiettivo che si ponevano di raggiungere, cioè la tutela della salute.

Inoltre, secondo il *BVerfG* la verifica dello standard in questione non poteva prescindere dalla consapevolezza relativa all'incertezza delle conoscenze scientifiche sulla dinamica pandemica.

Quando sono in gioco i diritti fondamentali, infatti, le ambiguità e le difficoltà nella valutazione dei fatti non possono giustificarne una possibile lesione.

Tuttavia, se, a causa dell'imponderabilità delle conoscenze scientifiche, le possibilità per il legislatore di tracciare un quadro fattuale sufficientemente certo sono limitate, è sufficiente che si lasci guidare da una valutazione adeguata e ragionevole alla luce delle pur limitate conoscenze di cui dispone. Questo margine di manovra si basa sulla responsabilità assegnata dalla Legge Fondamentale al legislatore, unico legittimato a decidere sui conflitti tra interessi di alto e altissimo rango nonostante una situazione incerta[104].

Per tale ragione, in un quadro così complesso è emersa la necessità di tutelare l'individuo contro lesioni della sua integrità fisica.

Come intuibile, nell'adottare tale pronuncia il Tribunale costituzionale ha ritenuto, alla luce del § 27a del *BVerfGG*, di dare a numerose società operanti nel settore scientifico, in qualità di terzi esperti, la possibilità di esprimersi sulla dinamica pandemica tramite la redazione di pareri in risposta a domande legate alla dinamica dell'evoluzione del contagio, così come alle modalità di diffusione.

8. Il ruolo degli esperti e degli *amici curiae* dopo la riforma delle Norme integrative

La Corte costituzionale, con delibera dell'8 gennaio 2020, è intervenuta sull'art. 4 N.I., inserendo l'art. 4-bis N.I. in tema di intervento di terzi, e introducendo, inoltre, gli artt. 4-*ter* e 14-*bis* N.I., relativi, rispettivamente, agli *amici curiae* e agli esperti.

In seguito, il Giudice delle leggi è intervenuto con delibera del 22 luglio 2021, pubblicata nella GU n. 262 del 3 novembre 2021, prevedendo, per quanto interessa nella presente sede, all'art. 6 N.I. la disciplina degli *amici curiae* e contemplando, al primo comma, il deposito dell'opinione

104. Rn. 60 e ss.

scritta con modalità telematica; inoltre, all'art. 17 N.I. viene regolata la disciplina degli esperti[105].

Se la riforma delle N.I. garantisce il supporto di soggetti altamente qualificati e competenti in materie specialistiche, mai convocati prima dell'intervento della modifica delle N.I., nonostante tale possibilità fosse già delineabile dalla lettura dell'art. 13 della l. n. 87 del 1953 e dagli artt. 12, 13, 14 delle N.I.[106], occorre forse domandarsi, ad oggi, con quale criterio sia possibile individuare gli esperti da convocare, soprattutto in un momento di grande crisi dell'*expertise*[107].

La Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 14-*bis* N.I, primo comma, "ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con l'autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti".

Ancora, ai sensi del nuovo comma terzo dell'art. 17 N.I, entrato in vigore il 3 dicembre 2021, è previsto che la Corte possa disporre "l'acquisizione da parte degli esperti ascoltati di documenti o di una relazione scritta, del cui deposito con modalità telematica viene data comunicazione alle parti costituite".

Alla luce di quanto appena scritto, parrebbe positivizzata – in veste "telematica" – una forma di acquisizione di documenti che, oltre ad essere utilizzata nell'ordinamento tedesco, è stata di recente disposta, come si vedrà, in occasione dell'ord. n. 79 del 2021 e 131 del 2021 ai sensi dell'art. 12 delle N.I, che prevede la possibilità per la Corte di disporre "con ordinanza i mezzi di prova che ritenga opportuni e stabilisce i termini e i modi da osservarsi per la loro assunzione"[108].

Peraltro, la problematica legata alla vaghezza dell'espressione "esperti di chiara fama"[109] si lega a quella, generale, della crisi del sapere scienti-

105. Si segnala, da ultimo, la Delibera del 24 maggio 2022, intervenuta sugli artt. 10 e 19 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale», approvate con deliberazione del 22 luglio 2021 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale del 3 novembre 2021.

106. Cfr. C. MALINVERNO, *Quali prospettive per terzi*, amici curiae *ed esperti a più di un anno dalla riforma delle norme integrative? Spunti a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021, p. 142.

107. Per un'analisi sulla problematica in questione si veda G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., pp. 171-200. Più in generale, sulla natura che assumono gli esperti si veda, ancora, G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, cit., p. 222.

108. La disposizione in questione non viene modificata dalla riforma delle N.I. che è entrata in vigore il 3 dicembre 2021.

109. Sul punto si veda A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della* prassi, cit., pp. 15 ss.

fico, avallata dalla letteratura tedesca, che ha posto in evidenza come la scelta dell'esperto sia, di fatto, fortemente orientativa[110]: si è sostenuto che l'opacità dei criteri di scelta degli esperti possa ingenerare "forme di pericolosa sfiducia" verso le pronunce della Corte[111].

A questo proposito, in letteratura, si è sostenuta l'opportunità di giustificare la scelta degli esperti, "anche con riferimento alla preparazione dell'esperto sul punto in discussione"[112]; allo stesso modo, la modifica delle N.I. impone di riflettere anche sulla conoscibilità del contenuto dell'audizione degli esperti[113].

Inoltre, sempre con riferimento a quanto previsto dall'art. 14-*bis* N.I. e in ragione della vaghezza della previsione in esso contenuto, sono stati avanzati dubbi interpretativi sulle specifiche discipline rispetto alle quali possono venire auditi gli esperti[114]: è stato autorevolmente specificato che questi ultimi verrebbero auditi rispetto ad *altre* discipline, diverse quindi rispetto a quelle di competenza dei Giudici costituzionali[115], alla stregua di quanto accade nell'ambito della giustizia costituzionale tedesca.

In definitiva, gli esperti "di chiara fama" possono assumere un ruolo fondamentale "per ricevere apporti su problemi specifici che vengano in rilievo nella trattazione delle questioni portate all'esame" della Corte costituzionale[116].

Tanto premesso, dal gennaio 2020 ad oggi, però, il Giudice delle leggi ha convocato, mediante ordinanza, pochi esperti: tuttavia, le risultanze degli stessi sembrano essere state valorizzate in alcune occasioni, come si vedrà.

Ci si riferisce al caso relativo alle POER, ovvero alle posizioni organizzative di elevata responsabilità, nell'ambito del quale la Corte costitu-

110. W. BLANQUETT, C. CASSER, *Amicus Curiae in Deutschland. Drittbeteiligung von Verbänden durch Amicus-Curiae-Stellungnahmen in Gerichtsverfahren der unteren Instanzen*, in *Kritische Justiz*, cit., p. 16, come riportato da M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, cit., p. 130.

111. Così A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, cit., p. 16.

112. Cfr. G. P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, cit., p. 12, che si riferisce al procedimento di selezione degli esperti con riferimento al caso che ha interessato le POER.

113. G. P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, cit., p. 13.

114. Così M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, cit., pp. 142-144.

115. In questo senso M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., p. 3.

116. Cfr. ancora M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., p. 3.

zionale ha ritenuto, con l'ordinanza del 25-27 febbraio 2020, di convocare due esperti in Camera di Consiglio, in seguito ascoltati, a causa dell'emergenza sanitaria derivante da Covid-19, nella camera di consiglio del 27 maggio 2020 "alla presenza della parte costituita e dell'Avvocatura dello Stato, le quali hanno replicato alle osservazioni degli esperti nella successiva camera di consiglio dell'11 giugno 2020".

La Corte costituzionale ha ritenuto opportuno acquisire informazioni sulle "ricadute della introduzione delle cosiddette posizioni organizzative di elevata responsabilità"[117].

Nell'ordinanza di convocazione di esperti il Giudice delle leggi aveva posto quesiti sulle esigenze organizzative delle Agenzie fiscali di creare la nuova figura delle POER, sulle mansioni da attribuire, sulle modalità di selezione, sui presupposti e sulle ricadute legate alla sua istituzione[118].

L'obiettivo, come sottolineato dalla dottrina, era quello di "valutare preventivamente le ricadute ordinamentali"[119] della pronuncia – la sent. n. 164 del 2020 – con cui sono state dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate sulle norme disciplinanti le POER delle agenzie fiscali[120].

Emerge, in questo senso, la "rivoluzione" insita nella formalizzazione della convocazione e dell'audizione degli esperti prevista dalla riforma delle N.I.[121], così come nell'acquisizione di informazioni utili ai fini della decisione del giudizio da parte degli *amici curiae*[122]: il tema dell'impatto della pronuncia, sia esso ordinamentale o settoriale, inizia, infatti, a venire ad esistenza nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, facendo così sperare, peraltro, che il Giudice delle leggi non nasconda più il timore legato alle conseguenze giuridiche delle proprie pronunce dietro un'opaca modulazione degli effetti nel tempo[123].

117. Si veda l'ord. di convocazione di esperti del 27/02/2020.

118. Sul punto si veda la dettagliata ricostruzione di G.P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, cit., pp. 9-10.

119. Cfr. A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, cit., p 17.

120. Sull'utilizzo dei poteri istruttori nel caso di specie si veda G. TROPEA, *La Consulta salva il "Re Pallido" nell'annosa vicenda delle cd. Poer (posizioni organizzative a elevata responsabilità) presso l'Agenzia delle Entrate*, in *Rivista AIC*, 6/2020.

121. Secondo parte della dottrina, l'audizione degli esperti non avrebbe "lasciato alcun segno nella motivazione della sentenza", così ponendo in dubbio il rispetto della disciplina processuale da parte della Corte costituzionale e, conseguentemente, la sua stessa legittimazione. Cfr. G. P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, cit., p. 13, pp. 22-23.

122. Rileva, in questo senso, la sent. n. 236 del 2021, nell'ambito della quale l'opinione dell'*amicus curiae* viene richiamata nella parte in diritto (cfr. cons. in dir. p.to 9.4).

123. In generale, la necessità che le opinioni degli *amici curiae* trovino adeguato spazio nella parte motiva della pronuncia, anche al fine di "rendere davvero conto, all'esterno,

In seguito, nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 554 e 849, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022) e dell'art. 57, comma 1, del decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili), convertito, con modificazioni, nella legge 19 dicembre 2019, n. 157, promosso dalla Regione Liguria per conto del Consiglio delle autonomie locali della Regione Liguria, ha adottato l'ord. n. 79 del 2021, rilevando la necessità, non ai sensi dell'art. 14-bis delle N.I., bensì "ai sensi dell'art. 12 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, finalizzato ad acquisire ulteriori e specifiche informazioni indispensabili ai fini della decisione", di richiedere a soggetti specificamente individuati un'apposita relazione, oltre che la convocazione in audizione del Ragioniere generale dello Stato e del Presidente dell'Istituto per la finanza e l'economia locale[124].

Nella sent. n. 220 del 2021 il Giudice delle leggi integra la parte motiva della pronuncia con le risultanze delle audizioni disposte con ordinanza al fine di rafforzare il rigetto della questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 1, comma 554, della l. n. 160 del 2019[125] e sull'art. 1, comma 849, della l. n. 160 del 2019[126].

È inoltre significativa l'ord. n. 131 del 2021 in tema di misure di sicurezza, adottata nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 206 e 222 del codice penale e dell'art. 3-ter del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211 (Interventi urgenti per il contrasto della tensione

della concreta utilità di questo strumento conoscitivo/partecipativo, e di rispondere ad un suo eventuale uso distorto", è ben evidenziata da G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, cit., pp. 205-207.

Si considerino, a titolo esemplificativo, le pronunce nn. 198 del 2021, 202 del 20221, 210 del 2021, 216 del 2021, 218 del 2021, 250 del 2021, 251 del 2021, 261 del 2021, 12 del 2022, 79 del 2022 e 31 del 2022, in occasione delle quali il Giudice delle leggi, pur avendo indicato, nel considerato in fatto, il deposito dell'opinione scritta, non ha in seguito utilizzato, a rafforzamento del proprio percorso argomentativo, gli argomenti enucleati dagli *amici curiae*.

Di recente, nella sent. n. 67 del 2022 il Giudice delle leggi ha affermato, nel Cons. in dir. p.to 3, che "Preliminarmente si dà atto che, con decreto del Presidente della Corte costituzionale del 4 gennaio 2022, ai sensi dell'art. 4-ter delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, vigente ratione temporis, sono state ammesse le opinioni scritte presentate dall'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI), in qualità di amici curiae, opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto a questa Corte".

124. L'udienza pubblica si è tenuta il 5 ottobre 2021.

125. Cfr. Sent. n. 220 del 2021, Cons. in dir. p.to 5.1-5.2.2.

126. Cfr. sent. n. 220 del 2021, Cons. in dir. p.to 5.3.2.

detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri), convertito, con modificazioni, nella legge 17 febbraio 2012, n. 9, come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera a), del decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52 (Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari), convertito, con modificazioni, nella legge 30 maggio 2014, n. 81, promosso dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Tivoli con ordinanza dell'11 maggio 2020.

La Corte costituzionale ha richiesto, alla luce della necessità di procedere ad un'apposita istruttoria, il deposito di una relazione su quattordici quesiti da parte del Ministro della Giustizia, del Ministro della Salute, del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e del Presidente dell'Ufficio Parlamentare di bilancio.

Nel caso di specie, l'esercizio del potere istruttorio avrebbe avuto "l'intento di richiamare l'attenzione del legislatore e delle amministrazioni pubbliche […] sulle difficoltà applicative della riforma, facendo sì che vi sia un intervento in tempo utile ovvero prima che sia troppo tardi"[127].

Ebbene, nella successiva sent. n. 22 del 2022 il Giudice delle leggi ha considerato ampiamente i dati tecnici emersi dall'istruttoria, specificando, al p.to 6 del Cons. in dir., come non potesse esimersi dalla declaratoria di inammissibilità delle questioni prospettate "anche alla luce di quanto è emerso dall'istruttoria".

9. Riflessioni conclusive

Nell'ordinamento tedesco, lo si è visto, il ricorso a "terzi esperti", siano essi più spesso esperti "di chiara fama", permette al *BVerfG* di decidere su questioni di legittimità costituzionale che coinvolgono diritti fondamentali.

Si pensi, in questo senso, alle acquisizioni di informazioni di carattere tecnico-scientifico che sono state richieste di recente dal *BVerfG* in tema di divieto di aiuto commerciale al suicidio o rispetto all'*Infektionsschutzgesetz*; si pensi, al contrario, a quanto accaduto, sempre in tema di suicidio assistito, con riferimento alla sent. n. 242 del 2019.

Certamente il ricorso all'istituto degli esperti può costituire un elemento di forza della giustizia costituzionale italiana.

A proposito dello schema "Cappato" inaugurato dall'ord. n. 207 del 2018, l'attrazione di informazioni e dati può rendersi utile nel contesto

127. Così E. OLIVITO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale: conoscenza della prassi applicativa della legge o preannuncio di un monito, in anticipo su Strasburgo?*, in *Nomos*, 2/2021, p. 10.

della tecnica decisionale del rinvio al legislatore, così da ottimizzare il rapporto con il Parlamento soprattutto laddove sia necessaria una riforma strutturale rispetto a specifici ambiti o "zone" del diritto[128].

Infine, come sperimentato nella giustizia costituzionale tedesca, una buona conoscenza dei fatti[129] – che, tuttavia, deve essere posta ancor di più in evidenza nella parte motiva della pronuncia, come sottolineato da recente dottrina[130], anche alla luce dell'obbligo generale di motivare le proprie pronunce sotteso al Giudice costituzionale ai sensi del § 30 par. 1 del *BVerfGG*, talvolta disatteso con riferimento ai poteri istruttori dal Tribunale costituzionale federale – potrebbe contribuire ad una modulazione degli effetti nel tempo ben argomentata, fondata su dati scientificamente o tecnicamente comprovabili e certi, oltre che promuovere, al netto della – ad oggi – mancata riforma della disciplina degli effetti delle sentenze nel tempo, una possibile maggiore legittimazione del Giudice delle leggi nella gestione del fattore tempo[131], allontanando, più in generale, uno dei possibili rischi individuati dalla dottrina nella riforma delle Norme integrative del gennaio 2020, peraltro confermata dalla delibera del 22 luglio 2021, e cioè quello di trasformare il giudizio in uno spazio "politico" e pericoloso per la legittimazione del Giudice delle leggi[132].

128. Sul rapporto tra attivazione dell'istruttoria e Parlamento si veda E. OLIVITO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale: conoscenza della prassi applicativa della legge o preannuncio di un monito*, *in anticipo su Strasburgo?*, cit., pp. 7 ss.; analogamente, R. CARIDÀ, *Notazioni minime su* amici curiae *ed esperti nel processo costituzionale*, cit., p. 606.

129. Sull'importanza del "fatto" cfr. G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del «fatto» nelle decisioni della Corte*, in (a cura di P. Costanzo), "L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale", Torino, 1996, pp. 245 ss.

130. Si veda C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 352.

131. Si consideri che, ad esempio, forti sono state le critiche relative alla modalità con cui la Corte costituzionale ha impostato la gestione del fattore temporale nella sent. n. 41 del 2021. Cfr. V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, cit.

132. Così M. D'AMICO, *Gli* amici curiae, cit., p. 136. Sull'importanza di una "fedele ricognizione del contesto entro cui deve collocarsi la decisione dell'organo di giustizia costituzionale" cfr. R. CARIDÀ, *Notazioni minime su* amici curiae *ed esperti nel processo costituzionale*, p. 608. Più in generale, sulla necessità che la Corte legittimi la propria attività di Custode della Costituzione attraverso "moduli processuali" cfr. F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, cit. Si veda, inoltre, così come richiamata da Biondi, anche la dottrina di Angiolini in merito al rapporto tra strumenti processuali ed effetti politici delle decisioni della Corte: cfr. V. ANGIOLINI, *Il processo costituzionale vent'anni dopo*, in (a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther), "La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta", Giappichelli, Torino, 2011, pp. 165 ss. Ancora, sulla natura del processo costituzionale in relazione alla forma di governo si vedano le riflessioni di C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in "Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale", cit., pp. 63 e ss.

Considerazioni conclusive fra prospettive di riforma del fattore "tempo" e del rapporto tra Corte e legislatore

1. Necessità di riforma della disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento. Quali modalità?

Enunciando la tesi finale del presente lavoro, è innegabile che l'inderogabilità dell'efficacia retroattiva si ponga alla base di problematiche di rilievo costituzionale (sostanziale)[1]; allo stesso modo, lo si è visto anche di recente con riferimento alla sent. n. 152 del 2020 e con riferimento alla sent. n. 41 del 2021, l'efficacia di natura solamente proattiva "rompe" la *ratio* del giudizio costituzionale di natura incidentale.

Sotto quest'angolo prospettico, l'esperienza tedesca delle *Unvereinbarkeitserklärungen* suggestiona la giustizia costituzionale rispetto al raccordo tra Tribunale costituzionale e organo detentore del potere legislativo, che rileva non solo con riferimento alla tecnica dell'incostituzionalità "prospettata" e con riferimento alla – connessa – tecnica del rinvio al legislatore,

1. C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 42. Sui riflessi di natura "sostanziale" della modulazione degli effetti nel tempo si veda anche P. CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità costituzionale "differita" fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'autoattribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, pp. 413-414. Ancora, secondo Luciani il nodo problematico relativo agli effetti della declaratoria di incostituzionalità non attiene, nei fatti, al giudizio, bensì alla forma di governo; M. LUCIANI, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione", cit., p. 59.

ma anche, precisamente, con riferimento al tema "classicissimo" della modulazione degli effetti nel tempo.

In primo luogo e via generalissima, non si può non considerare come l'apertura al legislatore di "una dimensione temporale 'retroattiva'"[2] possa stimolare il contatto tra Corte costituzionale e Parlamento, che potrebbe rivolgersi, come nel caso dell'esperienza tedesca, non soltanto al futuro, ma anche al passato[3].

Una disposizione del dato temporale degli effetti delle pronunce di incostituzionalità in modo coordinato permette, infatti, alla Corte di rispettare i confini dello spazio discrezionale del legislatore[4], cosa che può rivelarsi del tutto utile *anche* in quei casi in cui il rischio sotteso alla declaratoria di incostituzionalità sia legato a ragioni di spesa o di funzionamento degli organi costituzionali.

In buona sostanza, non soltanto la tutela della discrezionalità legislativa potrebbe porsi a fondamento di una collaborazione tra poteri, ma anche l'esigenza "immediata" di precludere l'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità.

In quest'ottica, il caso "Cappato", il caso del "carcere ai giornalisti" e quello dell'"ergastolo ostativo" suggestionano l'idea che la collaborazione tra la Corte e il Parlamento potrebbe muoversi proprio nella direzione di una possibile introduzione, fintanto che il Giudice delle leggi non adotterà decisioni di incompatibilità in senso stretto, della separazione tra il momento dell'accertamento e quello della dichiarazione dell'incostituzionalità[5], senza sacrificare, nell'immediato, il nesso di incidentalità: sarà poi la stessa Corte costituzionale a stabilire, volta per volta, se la riforma legislativa avrà effetti retroattivi o proattivi.

2. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 23.

3. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 23.

4. U. STOY-SCHNELL, *Das Bundesverfassungsgericht und die Corte Costituzionale*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998, p. 217; valorizza l'importanza della collaborazione tra i due organi anche F. PEDRINI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: l'esperienza tedesca*, in *www.forumcostituzionale.it* (5 giugno 2015) e in *Quad. cost.*, 2015, pp. 727 ss.

5. Tale scissione necessiterebbe di una modifica dell'art. 136 Cost. Così C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul "divorzio imposto*", cit., p. 10.

Si consideri, peraltro, che la Corte costituzionale ha adottato una tecnica simile: sent. n. 467 del 1991; n. 125 e n. 256 del 1992. Secondo Pinardi, mediante tali decisioni la Corte costituzionale lascia intendere la necessità di preservare l'ordinamento giuridico dal determinarsi di "vuoti" normativi. In questo senso R. PINARDI, *La Corte accoglie una questione fondata: verso un nuovo "modello" di risposta giurisprudenziale al protrarsi dell'inerzia legislativa?*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2035.

Al netto delle difficoltà legate al raccordo tra Corte costituzionale e Parlamento, un simile modello decisionale potrebbe "ammorbidire" l'effetto deflagrante dell'efficacia *ex tunc* della declaratoria di incostituzionalità, agganciando, eventualmente, l'efficacia retroattiva all'intervento legislativo, così da valorizzarne lo spazio discrezionale.

In un'ottica kelsenianamente orientata, però, risulta fondamentale che almeno il giudizio *a quo* possa beneficiare dell'efficacia retroattiva.

Ad oggi, la soluzione di chiudere gli occhi[6] dinnanzi alle esigenze[7] percepite dal Giudice delle leggi non darebbe conto del contesto entro cui esso si muove[8]: talvolta, in ragione del rispetto del principio della superiorità della Costituzione, dovrebbe potersi legittimare la preclusione all'efficacia retroattiva di agire nella direzione della *maggiore incostituzionalità*, lasciando lo spazio al legislatore per riportare in auge, per il tramite di un buon utilizzo del proprio spazio discrezionale, una *maggiore costituzionalità*[9].

Ancora, in un'ottica de *jure condendo*[10], alla luce di un'indagine istruttoria[11] che possa rendere il Giudice delle leggi consapevole del *punto di*

6. In questo senso la dottrina di A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 214, i quali fanno riferimento alla disciplina degli effetti in questione quale "comodo limite" a fronte del quale continuare ad operare una modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento. Ancora, si veda M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., p. 35.

7. Non è un caso che il Giudice delle leggi abbia ritenuto di far discendere un parziale effetto caducatorio da un'ordinanza. Cfr. C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall'ordinanza Cappato*, in "Il caso Cappato", cit., p. 16. Occorre inoltre considerare che ogni possibile interpretazione della giustizia costituzionale corrisponde, di per sé, ad una possibile interpretazione della Costituzione stessa. Cfr. M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., p. 334.

8. Sulla necessità di riformare la legislazione vigente per stabilire i confini del potere "normativo" della Corte costituzionale cfr. A. MORRONE, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo*, cit., p. 467. Interessante, inoltre, la riflessione di G. CASAVECCHIA, *Incostituzionalità accertata e dichiarata, ma posticipata e tollerata a termine. Nuova tecnica decisoria o mera eccezione alla regola?*, secondo cui vi è un dato che investe la giustizia costituzionale nel suo complesso: "il tempo non solo quale dimensione della retroattività dell'incostituzionalità tollerata, ma anche quale carattere della e nella decisione", in *Federalismi*, n. 16/2022, p. 78.

9. In quanto "il tempo della Corte non è indipendente dal tempo del legislatore", in M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale*, cit., p. 17. Si veda anche F. SAJA, *Introduzione ai lavori del Seminario*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., pp. 2-3. In termini critici cfr. V. ONIDA, *Problemi e falsi problemi in tema di efficacia temporale delle pronunce di incostituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 2414.

10. Sull'assenza di regolamentazione in punto di modulazione degli effetti nel tempo si veda il contributo di G. D'ORAZIO, *Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze costituzionali (nuovi orizzonti)*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", cit., p. 348.

11. Cfr. M D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., pp. 31-32; sull'indagine istruttoria posta in essere dal *BVerfG* si veda G. REPETTO, *I poteri della Corte co-*

minor sofferenza[12], la Corte costituzionale potrebbe differire nel tempo gli effetti della declaratoria di incostituzionalità sulla base di una rigorosa regolamentazione (oltre che di una solida motivazione)[13] di tutti gli aspetti legati alle conseguenze della limitazione o della "sospensione" dell'efficacia retroattiva e dei casi in cui tale rilevante e significativa deroga possa avere luogo in via del tutto eccezionale e sempre secondo una riforma "kelsenianamente orientata" dell'art. 30, comma terzo della l. n. 87 del 1953; la riforma dell'art. 136 Cost., vicino al modello francese, sembrerebbe di difficile realizzazione nell'attuale contesto, ove l'inerzia legislativa si pone proprio a fondamento dell'andamento "disfunzionale" dello "schema" inaugurato con il caso "Cappato".

A fronte di quanto appena scritto a proposito dello "stato" dell'organo titolare del potere legislativo, una terza soluzione, la più realistica a fronte della sempre più frequente modulazione degli effetti nel tempo e, al contempo, della "strutturale" inerzia legislativa, potrebbe consistere nell'assenza di qualsivoglia regolamentazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità sul piano superprimario o primario, lasciando "carta bianca" al Giudice delle leggi, fornendo una lettura "evolutiva" dell'art. 30 della l. n. 87 del 1953[14].

Pur trattandosi della soluzione certamente più "agevole", oltre che "in corso", occorre considerare che essa non si pone in armonia con la necessaria tutela degli *iura*, almeno sul piano del giudizio *a quo*, che, nell'orizzonte kelseniano e nella logica del sistema in via indicentale, andrebbe salvaguardata.

stituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca, in "La Corte costituzionale e i fatti", cit., pp. 299 ss. Sarebbe opportuno, forse, che il Giudice delle leggi utilizzasse gli strumenti conoscitivi offerti dalle nuove N.I.

12. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in (a cura di R. Romboli), "Aggiornamenti in tema di processo costituzionale" (1990-1992), Giappichelli, Torino, 1993, p. 108.

13. Per un autorevole contributo sul rilievo della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale si veda N. ZANON, *Su alcune questioni e tendenze attuali intorno alla motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, tra forma e sostanza*, in (a cura di M. Losana, V. Marcenò), "Come decide la Corte dinanzi a questioni 'tecniche'. Incontri sulla giurisprudenza costituzionale", Torino, marzo-giugno 2019, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Università degli Studi di Torino, 2020, pp. 21-30.

14. Cfr. R. PINARDI, *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 61.

2. Quali prospettive per la tecnica del rinvio al legislatore?

L'esperienza tedesca delle *Unvereinbarkeitserklärungen* suggestiona la giustizia costituzionale italiana sotto più profili.

Quello che che più colpisce rispetto all'esperienza temporalmente manipolativa del *BVerfG* è proprio la sinergia che è andata sviluppandosi con il legislatore, e ciò nell'ottica di rendere operanti "i meccanismi della responsabilità politica nella sede propria, ponendo l'organo legislativo, non il Tribunale costituzionale, di fronte alla 'domanda sociale': alle aspettative pressanti di coloro che furono inizialmente privilegiati, e di quanti il *BVerfG* ha giudicato illegittimamente esclusi"[15].

L'obbligo di riforma della norma incompatibile da parte del legislatore, lo si è visto, non costituisce una conseguenza insita nell'illegittimità costituzionale, ma risiede nella Costituzione[16].

Non solo, come si è avuto modo di vedere, vi sono anche ragioni di diritto (squisitamente) processuale a imporre il rispetto dell'obbligo di riforma in capo al legislatore: ci si riferisce al § 31 I *BVerfGG*[17], che rende vincolanti per tutti gli organi costituzionali le decisioni del *BVerfG*, al § 31 II *BVerfGG*, che sancisce la forza di legge delle decisioni del Tribunale costituzionale federale, e, ancora, al § 35 *BVerfGG*[18], che disciplina la possibilità da parte del *BVerfG* di rendere la propria decisione esecutiva secondo modalità prescelte.

Eppure, il legislatore non può essere costretto, a fronte dell'adozione di una decisione di incompatibilità, a rimuovere il vizio di legittimità costituzionale, dovendo essere piuttosto i giudici, in caso di inottemperanza da parte del Parlamento, a decidere in senso costituzionalmente conforme[19], dando così luogo, chiaramente, ad una rilevante violazione del principio di uguaglianza: come affermato da larga parte della dottrina, non esistono in

15. Sul punto si veda G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 39.

16. Cfr. C. MAYER, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, cit., p. 150.

17. "*Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden*".

C. MAYER, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, cit., p. 150. Cfr. anche E. BENDA, E. KLEIN, *Lehrbuch des Verfassungprozeßrechts*, cit., p. 515.

18. Il quale recita: "*Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln*". K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 338, critici rispetto all'identificazione di tale fondamento per quanto riguarda la vincolatività delle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

19. Si veda K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 335.

capo al Tribunale costituzionale federale mezzi volti ad obbligare concretamente il legislatore ad una riforma della norma incompatibile che vadano oltre al tenore di cui al § 35 *BVerfGG*[20] e oltre al *dictum* costituzionale.

Tuttavia, come posto in evidenza in uno studio in larga parte dedicato alle decisioni temporalmente manipolative tedesche pubblicato il 31 dicembre 2018 sul sito del Servizio Studi della Corte costituzionale[21], sembra inidoneo fare riferimento ad un'inerzia legislativa.

In esso si afferma, in buona sostanza, che il rapporto tra il *BVerfG* e legislatore è talmente disteso, che la problematica relativa alle conseguenze derivanti dall'inosservanza del termine non è diffusamente affrontato in letteratura[22].

Al contrario, la dottrina italiana ha ampiamente commentato il mancato raccordo tra Giudice delle leggi e Parlamento proprio nel contesto del rapporto delinato dallo schema dell'incostituzionalità non dichiarata ma prospettata.

Eppure, l'esigenza da parte della Corte di svolgere il proprio ruolo di "Custode della Costituzione" risulta necessario nella materia penale, rispetto alla quale, come noto, vige il principio di cui all'art. 25 II Cost.: lo si è visto con riferimento al caso "Cappato"[23], al caso del "carcere ai giornalisti" e al caso dell'"ergastolo ostativo".

Se da un lato le sentenze additive di principio, di fatto, non hanno trovato molta fortuna[24], le sentenze di inammissibilità in materia penale[25]

20. M. SACHS, *Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen? Probleme einer Entscheidungspraxis des BVerfG, dargestellt am Beispiel des Beschlusses zum nordhein-westälischen Hausarbeitstagsgesetz*, cit., p. 665. Similmente A. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, cit., p. 162; secondo Hein, il *BVerfG* potrebbe adottare una sentenza di nullità; tuttavia, non avrebbe avuto allora alcuna *ratio* la rinuncia della *Nichtigkeitserklärung* sin dalla "prima" pronuncia. Così P. HEIN, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 178-179. Peraltro, è capitato che il *BVerfG* dovesse sollecitare il legislatore per più di una volta; cfr. la nota pronuncia "Beamtenkinder", *BVerfGE* 99, 300. Esiste però la possibilità, come affermato da Parodi, di esperire il ricorso diretto popolare da parte dei soggetti danneggiati dal ritardo o dall'inerzia del legislatore. Cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 41.

21. T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2018.

22. T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, cit., p. 32.

23. Cfr. L. MADAU, *Sull'ordinanza Cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Forum del Gruppo di Pisa*, 2019.

24. Cfr. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., p. 21.

25. Cfr. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, cit., p. 14.

presentano il limite di lasciare vivere nell'ordinamento la norma incostituzionale fino ad un (futuro ed eventuale) intervento del legislatore.

Per questo motivo, come suggerito dalla dottrina, potrebbe essere utile guardare, come sta già accadendo dal 2018, al modello delle decisioni di incompatibilità, ampiamente oggetto di adozione nella materia penale[26], soprattutto nella forma integrata della c.d. *Fortgeltungsanordnung*.

A fronte dell'inerzia legislativa, due sembrano essere, ad oggi, le soluzioni per ottimizzare il rapporto tra organi costituzionali nell'opera di rimozione del vizio di legittimità costituzionale: attendere che il Parlamento italiano acquisisca un livello di "sensibilizzazione" istituzionale tale da condurlo, a fronte dell'adozione dello schema decisionale dell'incostituzionalità "prospettata", ad una risposta certa e tempestiva, oppure – ipotesi di difficile attuazione – "forzare il sistema", valorizzando quanto previsto dall'art. 136, secondo comma, Cost., il quale, pur facendo riferimento ad una valutazione di opportunità di intervento da parte delle Camere e dei Consigli regionali interessati, sembra comunque rappresentare "un vincolo esplicito e dinamico [...] del seguito legislativo"[27]. Un possibile rafforzamento del raccordo tra Corte e legislatore – a fronte di una modulazione degli effetti nel tempo e a fronte dell'adozione di un'ordinanza di natura interlocutoria quale quella inaugurata dal c.d. "schema Cappato" – potrebbe realizzarsi quindi per il tramite di una riforma costituzionale, più precisamente attraverso la modifica dell'art. 136, secondo comma, Cost, prevedendo l'obbligatorietà costituzionale di un intervento, quando, naturalmente, adeguatamente motivato dal Giudice delle leggi e alla luce di esigenze di natura squisitamente costituzionali.

Si legittimerebbe così, ad esempio, la possibilità per la Corte costituzionale di fissare un termine in capo al legislatore, prassi certamente non sconosciuta (soprattutto di recente) nel nostro sistema di giustizia costituzionale.

In conclusione, sempre in un'ottica de *jure condendo*, l'esperienza tedesca, certamente non priva di nodi problematici, sembra vicina, almeno per quanto riguarda il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, alla visione kelseniana della giustizia costituzionale, del tutto funzionale, sotto l'angolo prospettico della collaborazione tra organi costituzionali, all'attuazione di una forte garanzia costituzionale.

26. Cfr. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., p. 21.

27. G. DI GENIO, *Moniti al legislatore ed "esigenze di normazione" nelle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 2010.

Bibliografia

ABBAMONTE G., *Il processo costituzionale italiano. Il sindacato incidentale*, Jovene, Napoli, 1957.

ACHTERBERG N., *Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote*, in *DöV*, 1977.

ADAMO U., *La Corte è 'attendista'… "facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale". Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018*, in *www.forumcostituzionale.it*, 23 novembre 2018.

AINIS M., *Sul rilievo dei "fatti" nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2010.

AKHTAR Z., *Italian Constitutional Court, Kelsen's Pure Theory and Solving 'Hard' Cases*, in *Italian Law Journal*, 1/2018.

AMATO G., *Relazione sull'attività della Corte costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2022.

AMOROSO G., PARODI G., *Il giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2015.

ANGIOLINI V., *Il processo costituzionale vent'anni dopo*, in (a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther), "La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta", Giappichelli, Torino, 2011.

ANTONUZZO A., *La cedevolezza degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento in una pronuncia "caleidoscopica" della Corte costituzionale*, in *Diritti Comparati*, 2021.

ANZON DEMMIG A., *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992.

ANZON DEMMIG A., *Un'additiva di principio con termine per il legislatore*, in *Giur. cost.*, 1993.

ANZON DEMMIG A., *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *Osservatorio AIC*, 29 settembre 2015.

ANZON DEMMIG A., *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Rivista AIC*, 2/2015.

APOSTOLI A., *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo*, 3/2019.

ARNDT A., *Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, in *DÖV*, 1959.
ARNDT H. W., *Gleichheit im Steuerrecht*, in *NVwZ*, 1988.
AVERSENTE G., *La sentenza n. 246 del 2019: conferme e novità sul governo degli effetti temporali in via principale (e non solo)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020.
AZZARITI G., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1951.
AZZARITI G., *Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi*, in AA.VV., "Scritti giuridici in onore di A. Scialoja", Zanichelli, Bologna, vol. IV, 1953.
AZZARITI G., *I vari sistemi di sindacato sulla costituzionalità delle leggi nei diversi Paesi (cenni di diritto comparato)*, in "La Corte costituzionale (raccolta di studi)", Istituto poligrafico dello Stato, Roma, 1957.
AZZARITI G., *La posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento dello Stato italiano*, in "1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale", Corte costituzionale, Roma, 2006.
BACCARI B., *Natura giuridica delle pronunzie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale*, in "La Corte costituzionale (raccolta di studi)", Istituto poligrafico dello Stato, Roma, 1957.
BALDASSARRE A., *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità in astratto*, in *Giur. cost*., 1973.
BARBERO M., *Prime indicazioni della Corte costituzionale in materia di federalismo fiscale*, in *Federalismi*, 2004.
BARBISAN B., *Il mito di "Marbury v. Madison" e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in *Amministrare*, 1/2010.
BARILE P., *Relazione di sintesi*, in (a cura di G. Silvestri), "La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano" (Atti del Convegno Messina-Taormina, 25, 26 e 27 ottobre 1984), Giuffrè, Milano, 1985.
BARTMANN C., *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, Ducker & Humblot, Berlin, 2020.
BARTOLI R., *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?,* in (a cura di F. S. Marini, C. Cupelli), "Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.
BATTAGLINI M., MININNI M., *Manuale legislativo della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 1957.
BATTIS U., *Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen*, in (a cura di J. Isensee, P. Kirchhof), "Handbuch des Staatrechts. Normativität und Schutz der Verfassung", C. F. Müller, München, 2015.
BATTISTACCI G., *Indicazioni di alcune questioni di raccordo tra giustizia ordinaria e processo costituzionale*, in "Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale (Atti del Seminario, 13-14 novembre, 1989)", Giuffrè, Milano, 1990.
BENDA E., KLEIN E., *Lehrbuch des Verfassungprozeßrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1991.
BENEDIXEN P., *Weitergeltungsanordnungen von verfassungswidrigen Besteuerungen durch das BVerfG*, in *ZRP*, 2009.

BERGONZINI G., *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2019.

BERGONZINI G., *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, Jovene Editore, Napoli, 2021.

BERTOLINI E., *Le sentenze del* Bundesverfassungsgericht, in "Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto interno e comparato", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

BETHGE H., *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, in *DVBl*, 2007.

BETHGE H., in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C. H. Beck, München, 2014.

BETHGE H., in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C. H. Beck, München, 2018.

BETHGE H., in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C. H. Beck, München, 2019.

BETTERMANN K., *Richterliche Normenkontrolle als negative Gesetzgebung?*, in *DVBl*, 1982.

BEZEMEK C., *A Kelsenian model of constitutional adjudication. The Austrian Constitutional Court*, in *ZÖR*, Springer-Verlag, Berlin, 2021.

BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, UTET giuridica, Milano, 2006.

BIGNAMI M., *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione Giustizia*, 2018.

BIN R., *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *www.forumcostituzionale.it*, 27 aprile 2015.

BIN R., *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Federalismi*, 17/2018.

BIONDI F., *Auto-applicatività della normativa elettorale o paralisi del rinnovo dell'organo democratico? Prime note sulle conseguenze dell'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale in materia elettorale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 18 novembre 2017.

BIONDI F., *Il processo costituzionale*, in *Questione Giustizi*a, 4/2020.

BIRK D., *Das Gebot des gleichmässigen Steuervollzugs und dessen Sanktionierung. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9 März 2004 – 2 BvL 17/02*, in *FR*, 2004.

BISSARO S., *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso "Cappato"*, in *www.forumcostituzionale.it*, 28 luglio 2018.

BLANQUETT W., CASSER C., *Amicus Curiae in Deutschland. Drittbeteiligung von Verbänden durch Amicus-Curiae-Stellungnahmen in Gerichtsverfahren der unteren Instanzen*, in *Kritische Justiz*, Vol. 50, No. 1/2017.

BLÜGGEL J., *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1998.

BÖCKENFÖRDE C., *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze: Eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.

BOGNETTI G., *Il pensiero filosofico giuridico nord-americano del XX secolo*, Istituto editoriale cisalpino, Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza, Università di Milano, 1958.

BOGNETTI G., *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, in "Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale" (Atti del Seminario, 13-14 novembre), 1989, Giuffrè, Milano, 1990.

BOGNETTI G., *Lo spirito del costituzionalismo americano, Vol. I, La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998.

BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Giuffrè, Milano, 1998.

BRAUM S., *Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate?*, in *ZRP*, 2004.

BRAY C., *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe "pesanti" ma rinvia un severo monito al legislatore*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

BRESCIANI P. F., *Termini di giustificabilità del reato di aiuto al suicidio e diritti dei malati irreversibili, sofferenti, non autonomi, ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli (Nota a Corte cost., ord. n. 207/2018)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 14 dicembre 2018.

BREUER M., *Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt. Überlegungen zur Ratio der fehlerfolgendifferenzierung bei Norm und Einzelakt*, in *DVBl*, 2008.

BRINCKMANN H., *Die fingierte Geltung (§ 79 BVerfGG)*, in *DÖV*, 1973.

BRINK S., *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, in (a cura di H. Rensen, S. Brink), "Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern", De Gruyter, Berlin, 2009.

BROER M., JARASS L., *Verfassungsfeste Erhebung der Grundsteuer mittels Grundsteuererklärung*, in *BB*, 2018.

BROHM W., *Die Funktion des BVerfG - Oligarchie in der Demokratie?*, in *NJW*, 2001.

BRUNELLI G., PUGIOTTO A., *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del "fatto" nelle decisioni della Corte*, in (a cura di P. Costanzo), "L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale" (Atti del Convegno, Imperia, 12-13 maggio 1995), Giappichelli, Torino, 1996, pp. 245 ss.

BRUNELLI G., *Imparare dal passato: l'ord. n. 207/2018 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in *www.forumcostituzionale.it*, 28 giugno 2019.

BURGHART A., *Das verfassungswidrige aber nicht nichtige Gesetz - ungültig aber wirksam*?, in *NJW*, 1998.

BURKICZAK C. (a cura di C. Burkiczak, F. W. Dollinger, F. Schorkopf), *Bundesverfassungssgerichtsgesetz*, C. F. Müller, München, 2015.

BUTTURINI D., *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità*, in *Osservatorio AIC*, 3/2016.

CALAMANDREI P., *L'illegittimità costituzione delle leggi nel processo civile*, CEDAM, Padova, 1950.

CALAMANDREI P., *Il controllo giurisdizionale sulle leggi*, in *https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/09/Opere-giuridiche-–-Volume-III-– Diritto-e-processo-costituzionale.pdf*, 2019.

CANALE G., *Il Forum - Sull'ordinanza Cappato, in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019.

CANNADA BARTOLI E., voce *Annullabilità e annullamento* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958.

CANZIAN N., *Un tentativo di dialogo che resta monologo: l'incostituzionalità rinviata a partire dal caso delle pene detentive per la diffamazione*, in *Diritti Comparati*, 2021.

CAPASSO V., *Giudici consequenzialisti. La modulazione temporale degli effetti delle pronunce tra efficacia* ultra partes *ed effettività della tutela*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

CAPONI R., *In tema di "ius superveniens" sostanziale nel corso del processo civile*, in *Foro.it*, 1992.

CAPONI R., *Autonomia del processo costituzionale: note preliminari*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2010.

CAPONI R., *Democrazia, integrazione europea, circuito delle corti costituzionali (dopo il Lissabon-Urteil)*, in *Astrid Online*, 7/2020.

CAPPELLETTI M., COHEN W., *Comparative constitutional law*, in *Cases and Materials*, the Bobbs Merril Company, Indianapolis, 1979.

CAPPELLETTI M., *Spunti da una discussione su problemi attuali della giustizia costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1967.

CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1972.

CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.

CAPPELLETTI M., *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, in "Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale" (Atti del Seminario, 13-14 novembre), 1989, Giuffrè, Milano, 1990.

CARAVITA B., *Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi, Vol. I, La Corte costituzionale austriaca*, CEDAM, Padova, 1985.

CARDOZO B., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1921.

CAREDDA M., *La retroattività bilanciabile. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo*, 2014.

CARIDÀ R., *Notazioni minime su* amici curiae *ed esperti nel processo costituzionale*, in *Consulta Online*, 3/2020.

CARLASSARRE L., *Un inquietante esempio di "inammissibilità" a proposito dell'imputato infermo di mente*, in *Giur. cost.*, 1981.

CARNEVALE P., *La dichiarazione di incostituzionalità sopravvenuta dell'art. 15 legge n. 180 del 1981 fra irrilevanza e infondatezza della relativa "questio legitimitatis"*, in *Giur. it.*, 1989.

CARNEVALE P., *La Corte vince ma non (sempre) convince*, in *Nomos*, 2014.

CARNEVALE P., *La declaratoria di illegittimità costituzionale "differita" fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'autoattribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Dir. pubbl.*, 2015.

CARNEVALE P., *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 28 giugno 2019.
CARTABIA M., *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2020.
CATALANO S., *La* questione prioritaire de constitutionnalité *in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.
CATALANO S.*, Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio* a quo, in (a cura di M. D'Amico, F. Biondi), "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", Editoriale scientifica, Napoli, 2018.
CATALANO S., *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020.
CATELANI E., *Tecniche processuali e rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, in *Quaderni Costituzionali*, 1994.
CATELANI E., *"Due pesi e due misure" nella sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale: ammette una* fictio litis, *ma non amplia il parametro di costituzionalità ipotizzando una doppia preferenza di genere*, in *www.confronticostituzionali.eu*, 2014.
CAVASINO E., *L'impatto ordinamentale del* decisum *come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017.
CAVASINO E., *L'impatto ordinamentale del* decisum *come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
CELOTTO A., *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, in (a cura di F. Modugno), "Trasformazioni della funzione legislativa", Vol. I, I "vincoli" alla funzione legislativa, Giuffrè, Milano, 1999.
CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004.
CERRI, A., *Gli effetti delle decisioni di accoglimento della corte costituzionale e le preclusioni processuali*, in *Foro.it*, 1993.
CERRINA FERONI G., *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e* Nachbesserungspflicht *nel controllo di costituzionalità*, Giappichelli, Torino, 2002.
CEZZI G., Stare decisis *e interpretazione costituzionale*, in *Nomos*, 3/2020.
CHELI E., *La Corte costituzionale nel quadro della forma di governo italiana*, in "Associazione per gli studi e le tecniche parlamentari. Seminari 1989-1990". Quaderni per le ricerche parlamentari, Giuffrè, Milano, 1991.
CHESSA O., *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2014.
CHIARIELLO C., *Le nuove frontiere della discrezionalità valutativa della Corte costituzionale: la tollerabilità della normativa illegittima*, in *Nomos*, 1/2022.

CIACCIO V., *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del "minimo vitale". Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, in *Rivista AIC*, 4/2020.

CIOLLI I., *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *www.forumcostituzionale.it*, 26 maggio 2015.

COINU G., DEFFENU A., *Altri aspetti procedurali*, in (a cura di) G. Famiglietti, E. Malfatti, P.P. Sabatelli, "Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione. Atti del Seminario di Pisa del 26 ottobre 2001", Giappichelli, Torino, 2002.

COLAPIETRO C., BARBARESCHI S., *Motivazione, tempo e strumentalità di bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti fondamentali e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione*, in *Nomos*, 1, 2021.

COLAPIETRO C., *Nota a Corte cost., 12 aprile 1991, n. 154 (ordinanza) e 9 gennaio 1991, n. 1*, in *Giur. it.*, 1991.

COLAPIETRO C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, CEDAM, Padova, 1996.

CORAGGIO G., *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2020*, in *www.cortecostituzionale.it*, 13 maggio 2021.

COSMELLI G., *Efficacia intertemporale delle declaratorie di illegittimità costituzionale e situazione sostanziale: appunti in tema di «incostituzionalità sopravvenuta»*, in *Giur. cost.*, 2012.

COSTANZO P., *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, in (a cura di R. Romboli), "Atti del Seminario del Gruppo di Pisa", Giappichelli, Torino, 1990.

COSTANZO P., *La libertà di informazione non può più attendere: ma la Corte continua ad ammettere il transitorio censurando l'indefinito*, in *Giur. cost.*, 2002.

COSTANZO P., *Brevi osservazioni sull'*amicus curiae *davanti alla Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 1/2019.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1993.

CRISAFULLI V., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in "1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale", Corte costituzionale, Roma, 2006.

CRIVELLI E., *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze nel sistema di giustizia costituzionale spagnolo*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

CUNIBERTI M., *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Rivista AIC*, 5/2020.

CUOCOLO F., *Principi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999.

CUPELLI C., *Il Caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018.

CUPELLI C., *Sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa. Le prospettive penalistiche nella Relazione del Presidente Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

CUPELLI C., *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema Penale*, 12/2019.
CURCI P., *La Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1956.
D'ALESSANDRO G., *La nullità della legge*, Editoriale Scientifica, collana Crispel, Napoli, 2012.
D'AMICO G., *Il volto giuridico delle scelte di fine vita. Brevi note a proposito della "creatività" delle decisioni della Corte sul c.d. caso Cappato*, in (a cura di C. Padula), "Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?", Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
D'AMICO M., *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1991.
D'AMICO M., *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali nei rapporti fra la Corte e i giudici comuni*, in "La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato", Giappichelli, Torino, 1993.
D'AMICO M., *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993.
D'AMICO M., *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1993.
D'AMICO M., *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994.
D'AMICO M., *La Corte e l'applicazione (nel giudizio* a quo) *della legge dichiarata incostituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 3 aprile 2015.
D'AMICO M., *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudice e legislatore*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015.
D'AMICO M., *Riuscirà la Corte costituzionale a trovare una strada coerente per conoscere i costi delle sue decisioni e modularne gli effetti anche nel tempo?*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015.
D'AMICO M., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016.
M. D'AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del* caso Cappato, in *Giurisprudenza Penale*, 2017.
D'AMICO M., *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017.
D'AMICO M., *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in (a cura di M. D'Amico, F. Biondi), "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2018.
D'AMICO M., *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, in "Liber Amicorum per Pasquale Costanzo", *Consulta Online*, 2019.
D'AMICO M., *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, in *Diritto e Società*, 3/2019.
D'AMICO M., *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 24 giugno 2019.
D'AMICO M., FIANO N., *Tipologia ed effetti delle decisioni del* Bundesverfassungsgericht, in (a cura di G. Repetto, F. Saitto), "Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparata alla luce del caso italiano", Jovene, Napoli, 2020.
D'AMICO M., *Gli* amici curiae, in *Questione Giustizia*, 4/2020.

D'AMICO M., *Il 'fine vita' davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020.

D'AMICO M., *Una "vistosa" motivazione in tema di efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2020.

D'ANDREA A., LAURO A., *La "modulazione" delle pronunce della Corte costituzionale: quando la prudenza (apparente) fa da sponda all'indirizzo politico*, in *Rassegna Parlamentare*, Jovene, Napoli, 1/2021.

D'ORAZIO G., *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Edizioni della Comunità, Torino, 1981.

D'ORAZIO G., *Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze costituzionali (nuovi orizzonti o falsi miraggi?)*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere" (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè, Milano, 1989.

DAL CANTO F., *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *www.forumcostituzionale.it.*, 5 giugno 2019.

DAL CANTO F., *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 giugno 2019.

DE CARIA R., *La sentenza costituzionale tedesca sugli* Überhangmandate: *anche in materia elettorale non c'è diritto senza rimedio giurisdizionale*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 11/2009.

DE SIERVO U., *Modelli stranieri ed influenze internazionali nel dibattito dell'Assemblea Costituente*, in *Quaderni Costituzionali*, 1980.

DELFINO F., *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, Jovene, Napoli, 1970.

DELLA GIUSTINA C., Amicus curiae: *dalle origini alle modifiche delle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale"*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020

DELLEDONNE G., *Germania: "Minimo vitale" e Stato sociale in una recente pronuncia del Tribunale costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 17 aprile 2010.

DENNINGER E., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'articolo n. 81 u.c., della Costituzione*, in "Atti del Seminario svoltosi in Roma presso il Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991", Giuffrè, Milano, 1993.

DEPRETIS F., *Un caso di buon governo degli effetti temporali dell'incostituzionalità. A margine della sentenza n. 246 del 2019*, in *Consulta Online*, 1/2020.

DI COSIMO G., *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica*, in *www.forumcostituzionale.it*, 3 giugno 2016.

DI GENIO G., *Moniti al legislatore ed "esigenze di normazione" nelle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 2010.

DIACO D., *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra Legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in *Consulta Online*, 1/2016.

DICKMANN R., *La Corte amplia la portata del principio di continuità (osservazioni a Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 13)*, in *Federalismi.it*, 2004.

DIEL-GLIGOR K., *Amici curae vor deutschen Gerichten - bald Normalität?*, in *LTO*, 2021.
DIETZ M., *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
DOLCINI E., *L'ordinanza ella Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema Penale*, 2021.
DOLSO G. P., *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 2021.
DOLSO G. P., *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2 maggio 2017.
DRÖNNER N., *Das "Homosexuellen-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts aus rechtspolitischer Perspektive*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.
DRÜEN K., *Haushaltsvorbehalt bei der Verwerfung verfassungswidrige Steuergesetze? Budgetärer Dispositionsschutz durch Aussetzung der Vollziehung nach den Beschlüssen des BverfG zum Kinderleistungsausgleich*, in *FR*, 1999.
EGIDY S., *Casenote - The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court, in German law Journal*, Vol. 12, no. 11, 2010.
EISELE D., *Einheitsbewertung des Grundvermögens für Zwecke der Grundsteuer verfassungswidrig*, in *NWB*, 2018.
ELIA L., *La Corte ha chiuso un occhio (e forse tutti e due)*, in *Giur. cost*., 1970.
ELIA L., *Giustizia costituzionale e diritto comparato (appunti di ricerca)*, in *Quaderni Costituzionali*, 1984.
ELIA L., *Considerazioni sul tema*, in "Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale", Giuffrè, Milano, 1990.
ESPOSITO C., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in "La Costituzione italiana", Saggi, CEDAM, Padova, 1954.
EVERSLOH U., *Die Woche im Steuerrecht*, in *BB*, 2018.
FAVARETTO C., *Le conseguenze finanziarie delle decisioni della Corte costituzionale e l'opinione dissenziente nell'A.S. 1952: una reazione alla sentenza 70/2015*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2015.
FEICK M., HENN T., *Drohendes Überschreiten der vom BVerfG zur Neuregelung der Erbschaftsteuer gesetzten Frist zum 31 Dezember 2008: darf das alte Recht weiter angewandt werden?*, in *DStR*, 2008.
FERIOLI E., *Esiti paradossali dell'innovativa legislazione regionale in tema di asili nido, tra livelli essenziali ed autonomia finanziaria regionali*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2004.
FERNANDEZ-SEGADO F., *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano*, CLUEB, Bologna, 2010.
FERRARI G., *La difficile nascita della Costituzione*, in "1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale", Corte costituzionale, Roma, 2006.
FIANO N., *Il* Bundesverfassungsgericht *e l'arte di differire gli effetti 'finanziari' delle proprie decisioni*, in Federalismi, 23/2018.

FIANO N., *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *www.forumcostituzionale.it*, 25 ottobre 2018.
FIANO N., *Rime costituzionalmente adeguate e riforma della giustizia penale*, in *Rassegna di Giurisprudenza costituzionale*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1/2022.
FINOCCHIARO S., *Verso una giustizia costituzionale più "aperta": la Consulta ammette le opinioni scritte degli "amici curiae" e l'audizione di esperti di chiara fama*, in *Sistema Penale*, 2020.
FOIS S., Intervento, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione", Giuffrè, Milano, 1993.
FOLKE SCHUPPERT G., *Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht*, in *AÖR*, 1995.
FREDA D., *"Una dispotica creazione". Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'ottocento*, Giappichelli, Torino, 2021.
FROWEIN J., *Zur vorgeschlagenen Änderung von § 79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes*, in *DÖV*, 1970.
FURNO E., *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale: un'occasione mancata dalla riforma c.d. Renzi-Boschi?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1 settembre 2016.
FÜSSENICH B., *Vorläufiger Rechtsschutz im finanzgerichtlichen Verfahren bei ernstlichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von Steuergesetzen*, in *RiBFH*, 2019.
GAIER R., *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in *Jus*, 2015.
GALLO C. E., *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012.
GALLUCCIO A., *La sentenza della Consulta su pene fisse a 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018.
GARBAGNATI E., *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in "Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti", CEDAM, Padova, 1950.
GÄRDITZ K. F., *Freiheitsentziehung durch das Bundesverfassungsgericht?*, in *NVwZ*, 2004.
GATTA L., *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, in *Sistema Penale*, 2020.
GENINATTI SATÈ L., *La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza costituzionale n. 10/2015*, in *Giur. cost.*, 2015.
GERONTAS A., *Die Appellentscheidungen, Sondervotumappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *DVBl*, 1982.
GIANNELLI V., *La rilevanza smarrita. Brevi riflessioni sulla modulazione degli effetti temporali a partire dalla decisione n. 10/2015*, in *www.forumcostituzionale.it*, 21 luglio 2015.

GIANNINI M. S., *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost*., 1956.
GIUBILEI A., *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019.
GIUNTA C., *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall'"ordinanza Cappato"*, in *Diritti Fondamentali*, 1/2019.
GÖTZ V., *Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze*, in *NJW*, 1960.
GRAGNANI A., *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, in (a cura di M. D'Amico, F. Biondi), "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
GRAßHOF K., in (a cura di C. Burkiczak, F. W. Dollinger, F. Schorkopf), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015.
GROPPI T., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997.
GROPPI T., *Interventi di terzi e* amici curiae: *dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta Online*, 1/2019.
GROPPI T., *La Corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, *in Rivista AIC*, 2/2019.
GROPPI T., *Aprire i cammini. Il contributo di Piero Calamandrei sulle vie di accesso alla Corte costituzionale*, in "Liber Amicorum per Pasquale Costanzo", *Consulta Online*, 2020.
GROPPI T., *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *www.lavoce.info*, 2020.
GROSSO E., *Sentenze costituzionali di "spesa" che non costino*, Giappichelli, Torino, 1991.
GROSSO E., *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, in *Quaderni costituzionali*., 2015.
GROSSO E., *Il "rinvio a data fissa" nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019.
GUARINO, G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1961.
GUELI V., *Una garanzia illusoria: la Corte costituzionale*, in "Diritto costituzionale provvisorio e transitorio", Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1950.
GUERRA S., MÜHLHAUS G., *Ist die geplante Rückwirkung des neuen Erbscaftsteuergesetzes auf den 1.7.2016 verfassungswidrig?*, in *ErbStB*, 2016.
GUSY C., *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.
GUZZETTA G., *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale* a una prima lettura, in *www.forumcostituzionale.it*, 14 gennaio 2014.
HÄBERLE P., *"Gemeinwohljudikatur" und Bundesverfassungsgericht. Offentliche Interessen, Wohl der Allgemeinheit in der Rechtsprechung des BVerfG*, in *AÖR*, 1970.

HÄBERLE P., *Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht im Spiegel del Judikatur des BverfG*, in *JZ*, 1976.

HÄBERLE P., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978.

HABERZETTL K., *Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG*, in *NVwZ*, 2015.

HALACINSKY R., *50 Jahre Einheitswerte 1964 – Bewertung des Grundbesitzes in den alten Ländern*, in *DStR-Beihefter*, 2014.

HARTMANN C., *Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen? - Zur Frage alternativer Rechtsgeltungsbestimmungen im Grundgesetz*, in *DVBI*, 1997.

HASKINS G. L., *Foundations of Power: John Marshall, 1805-15*, in "History of the Supreme Court of the United States", Macmillan Publishing Co., Inc, New York, London, 1981.

HÄUßLER H., *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigkeitserklärung*, in *NJW*, 1982.

HÄUßLER R., *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

HEIN P., *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht - Grundlagen, Anwendungsbereich, Rechtsfolgen*, Nomos, Baden-Baden, 1988.

HERMES G., *Verfassungsgerichtsbarkeit - Organisation und Funktionsbereich*, in (a cura di F. Lanchester, I. Staff), "Lo Stato di diritto democratico dopo il fascismo ed il nazionalsocialismo. Demokratische Rechtstaatlichkeit nach Ende von Faschismus und Nationalsozialismus", Giuffrè, Milano/Nomos, Baden Baden, 1999.

HEUSCH A., in (a cura di C. Burkiczak, F. W. Dollinger, F. Schorkopf), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015.

HEUßNER H., *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, in *NJW*, 1982.

HEY J., *Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses von Lebens-und Krankenversicherungsunternehmen von der körper–und gewerbesteuerlichen Organschaft zugleich ein Plädoyer fur einen sparsamen Umgang mit Unvereinbarkeitserklärungen*, in *FR*, 2001.

HILLGRUBER H., GOOS C., *Verfassungsprozessrecht*, C. F. Müller, München, 2015.

HINDLER J. U., FELDHAUS A., *Verfassungswidrigkeit der Vorschriften zur Einheitsbewertung für der Grundsteuer*, in *GmbHR*, 2018.

HOESLY C., *Halperlin v. Pitts and the prospective application of new Oregon Supreme Court Rulings*, in *Willamette.edu*, 2015.

HOFFMAN-RIEM W., *Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweitaktverfahren*, in *DVBl*, 1971.

HOFFMANN G., *Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz*, in *JZ*, 1961.

HÖMIG D., in (a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge) *Bundesverfassunsgerichtsgesetz*. Kommentar, 2019.

HUFEN, NÖRR, STIEFENHOFER LUTZ., *Beschränkung von Urteilswirkungen im Falle der Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Rechtsnormen – Teil 1 – Rechtsgutachten*, su commissione del Ministero federale delle finanze, 2008.

IANNUZZI A., *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali*, in (a cura di M. D'Amico, F. Biondi), "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

IANNUZZI A., *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020.

IPSEN J., *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, Nomos, 1980.

JAESTEDT O., LEPSIUS C., SCHRÖNBERGER C., MÖLLERS C., *The German Federal Constitutional Court: The Court without limits*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

JANZ N., RADEMACHER S., *Die Last der Begründung - Nachschieben von Gründen und Untersuchungs-grundsatz im Verfassungsprozess*, in *NVwZ*, 2004.

JELLINEK G., *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Hölder, Wien, 1885.

JERUSALEM F., *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts über den Südweststaat-Streit*, in *NJW*, 1952.

JESTAEDT M., *Eine deutsche Perspektive*, in (a cura di J. Masing, O. Jouanjan), "Verfassungsgerichtsbarkeit. Grundlagen, innerstaatliche Stellung, überstaatliche Einbindung", Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

KARPENSTEIN U., *BVerfGG*, in (a cura di B. Grünewald, C. Walter), "BeckOK BVerfGG", C. F. Beck, München, 2017.

KAY R. S., *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*, in "The American Journal of Comparative Law", Vol. 62, Oxford University Press, Oxford, 2014.

KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato di diritto*, Etas, Milano, 2009.

KELSEN H., *La garanzia giurisdizionale*, (a cura di C. Geraci), Giuffrè, Milano, 1981.

KINZIG J., *An den Grenze des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG*, in *NJW*, 2004.

KIRCHHOF P., *Die Verwaltungshaftung zwischen Bund und Ländern*, in *NVwZ*, 1994.

KIRCHHOF P., *Die verfassungsrechtlichen Grenzen rückwirkender Steuergesetz*, in *DStR*, 2015.

KLAUS V., *Historisches zur Bindungswirkung und Gesetzkraft Verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in "Der Staat" 527, 1993.

KLEIN D., *Das BVerfG kippt ein steuerliches Fossil*, in *LTO*, 2018.

KLEUKER M., *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker&Humblot, Berlin, 1993.

KLUTH W., *Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1999.

KNESER A., *Der Einfluß der Nichtigkeitserklärung von Normen auf unanfechbare Entscheidungen § 79 BVerfGG*, in *AöR*, 1964.
KNITTEL W., *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung. Eine Untersuchung zum deutschen und US-amerikanischen Recht*, Bielefeld, Gieseking, 1965.
KREUTZBERGER S., *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007.
LANZAFAME A., *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in *Rivista AIC*, 2/2015.
LATTANZI G., *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, Corte costituzionale-Servizio Studi, 2019.
LAUMEN S., *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997.
LAUS F., *Il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, alla luce delle pronunce sul caso Cappato e sulle tutele crescenti nel jobs act*, in *Rivista AIC*, 2/2020.
LECHNER H., ZUCK R., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C. F. Beck, München, 2019.
LECIS A. M., *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere* amicus curiae *e esperti dalla porta principale*, in *Diritti Comparati*, 2020.
LEO G., *Misure coercitive dopo l'arresto per i reati con pena non superiore ai tre anni: la disciplina che le consente supera l'esame della Consulta*, in *Sistema Penale*, 2020.
LEONE S., *Sindacato di ragionevolezza e* quantum *della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2017.
LEONE S., *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a "rime possibili"*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2019.
LERCHE P., *Das Bundesverfassungsgericht und die Vorstellung der "Annäherung" an den verfassungsgewollten Zustand*, in *DÖV*, 1971.
LIBERALI B., *Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema* penale (sentenza n. 236 del 2016), in *Quaderni Costituzionali*, 2017.
LIBERALI B., *L'aiuto al suicidio "a una svolta", fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *Diritti Comparati*, 2019.
LIETO S., *Trattare in modo uguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, in *www.forumcostituzionale.it*, 17 maggio 2015.
LIGUORI M., *I postumi della sentenza 10/2015 nei giudizi di merito: questioni di prospettive*, in *www.forumcostituzionale.it*, 26 maggio 2016.
LO CALZO A., *La convalida delle elezioni e gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014,* in *www.forumcostituzionale.it*, 12 marzo 2015.
LÖHR D., *Beschlussmodell der Lânderfinanzminister zur Grundsteuerreform: Der große Wurf?*, in *DStR*, 2016.

LÖWISCH M., *Zu den Folgen der Nichtigkeitsfeststellung eines Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht insbesondere für private Verhältnisse*, in *JZ*, 1961.
LUCIANI M., *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere" (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè, Milano, 1989.
LUCIANI M., *Considerazioni sul tema*, in "Giudizio 'a quo'" e promovimento del processo costituzionale", Giuffrè, Milano, 1990.
LUCIANI M., *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione", Giuffrè, Milano, 1993.
LUCIANI M., *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Relazione al Convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", in *www.cortecostituzionale.it*, 2013.
LUTHER J., *Corte "incappata"?*, in www.forumcostituzionale.it, 3 luglio 2019.
LUTHER J., *Giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania*, in "Esperienze di Giustizia costituzionale", Tomo I, Giappichelli, Torino, 2000.
LUTHER J., *La* Verfassungsbeschwerde: *mito o meta?*, in (a cura di A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi), "Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale" (Atti del seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999), Giappichelli, Torino, 2000.
MADAU L., *Sull'ordinanza Cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Forum del Gruppo di Pisa*, 2019.
MADAU L., *Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021*, in *Nomos*, 3/2021.
MALFATTI E., *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della Corte costituzionale*, in "Liber Amicorum per Pasquale Costanzo", *Consulta Online*, 2020.
MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018.
MALINVERNO C., *Quali prospettive per terzi,* amici curiae *ed esperti a più di un anno dalla riforma delle norme integrative? Spunti a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021.
MARCENÓ V., ZAGREBELSKY G., *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2018.
MARGIOTTA BROGLIO C., *La Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano*, in *Quaderni Costituzionali*, 2000.
MARTIRE D., *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 6/2020.
MASCIOTTA C., *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 6/2019.

MASCIOTTA C., *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni*, in *Consulta Online*, 1/2020.

MASSA M., *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in www.forumcostituzionale.it, 1 dicembre 2018.

MASSARO A., *La Corte costituzionale di fronte al "caso Cappato": il sasso del suicidio medicalmente assistito è lanciato, ma quanto lontano potrà arrivare?*, in (a cura di O. Di Giovane, G. D'Alessandro), "La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani", Giappichelli, Torino, 2020.

MATTEI C., *Germania. Il Bundesverfassungsgericht dichiara l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge elettorale federale del 25 Novembre 2011*, in *Civitas Europa*, 1/2013.

MATTEONI A., *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Consulta Online*, 2/2021.

MAUNZ T., *Das verfassungswidrige Gesetz*, in *BayVBl*, 1980.

MAUNZ T., DÜRIG G., GIEGERICH T., *Kommentar zum Grundgesetz*, C. F. Beck, München, 2021.

MAURER H., *Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, in "FS Werner Weber", Duncker & Humblot, Berlin, 1974.

MAURI D., *La prevista censura dell'ergastolo ostativo non andrà in onda: al suo posto, "un invito al legislatore"*, in *Sidiblog.org,* 27 maggio 2021.

MAYER C., *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, Nomos, Baden-Baden, 1996.

MAZZOLA A., *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, in *Consulta Online*, 3/2020.

MELZI D'ERIL C., VIGEVANI G. E., *Caso Cappato, il coraggio dei magistrati e l'indifferenza del Parlamento*, in *www.ilsole24ore.com*, 2019.

MENDES G. F., *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem, brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991.

MEOLA F., *Discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità, ragionando sul tema alla luce del c.d. caso Cappato*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1/2020.

MERUSI F., *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quad. reg*., 1985.

MEYER S., *Erweiterter bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz nach einer Unvereinbarerklärung*, in *JZ*, 2020.

MEZZANOTTE C., *Il contenimento degli effetti della retroattività delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere" (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè, Milano, 1989.

MEZZANOTTE C., *Processo costituzionale e forma di governo*, in "Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale", Giuffrè, Milano, 1990.

MOCCHEGIANI G., *La tecnica decisoria della sentenza 178 del 2015: dubbi e perplessità*, in *www.forumcostituzionale.it*, 17 settembre 2015.
MODUGNO F., *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, *Giur. cost.*, 1963.
MODUGNO F., *Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo capoverso dell'art. 30 l. 11 marzo 1953, n. 87?*, in *Giur. cost.*, 1966.
MODUGNO F., *L'invalidità della legge*, Giuffrè, Milano, 1970.
MODUGNO F., *La Corte costituzionale italiana oggi*, in (a cura di G. Lombardi), "Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato", Maggioli, Rimini, 1985.
MODUGNO F., *La Corte costituzionale italiana oggi*, in AA.VV., "Scritti in onore di V. Crisafulli", Vol. I, Scritti sulla giustizia costituzionale, CEDAM, Padova, 1985.
MODUGNO F., *Considerazioni sul tema*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere" (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè, Milano, 1989.
MOENCH C., *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle. Nomos, Baden-Baden*, 1977.
MOES C., *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, in *StuW*, 1/2008.
MONTELEONE G., *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, CEDAM, Padova, 1984.
MORELLI A., *Principio di totalità e "illegittimità della motivazione": il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. trib. prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15)*, in Giur. cost., 2015.
MORELLI A., *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il "caso" come occasione della "tutela sistematica" della legalità costituzionale e la "forza politica" del Giudice delle leggi (notazioni a margine) di Corte cost. n. 10/2015*, in *Consulta Online*, 2/2015.
MORELLI M., *La sentenza n. 50 del febbraio 1989 e l'accertamento del nuovo modello decisorio di declaratoria di incostituzionalità "sopravvenuta"*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere" (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè, Milano, 1989.
MORELLI M. *Commento all'art. 136 Cost.*, in AA.VV., (a cura di V. Crisafulli, L. Paladin) "Commentario breve alla Costituzione", CEDAM, Padova, 1990.
MORITZ J., *Das "dritte Geschlecht" und das Abstammungsrecht*, in *FamRZ*, 2018.
MORRONE A., *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2014.
MORRONE A., *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 10/2015.
MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2019.

MORRONE A., *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo*, in *Consulta Online*, 2/2021.
MÜLLER H., *Unter welchen Voraussetzungen macht Nichtigket eines Gesetzteiles das ganze Gesetz nichtig?*, in *DVBl*, 1964.
NAGLIERI G., *Un nuovo modello decisorio per un nuovo equilibrio tra poteri?* Unvereinbarkeitserklärung *e* Anwendungssperre *nel diritto processuale costituzionale italiano (brevi note, comparate, a margine di Corte cost. ord. 132/2020)*, in *Consulta Online*, 1/2021.
NARDOCCI C., *Il "diritto" al giudice costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
NICO A. M., *L'accesso e l'incidentalità*, in (a cura di G. Campanelli, G. Famiglietti, R. Romboli), "Il sistema 'accentrato' di costituzionalità. Atti del Seminario annuale dell'Associazione 'Gruppo di Pisa'", Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
NICOLINI M., *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, in (a cura di D. Butturini, M. Nicolini), "Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto interno e comparato", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.
NORI G., *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: qualche osservazione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 26 maggio 2015.
ÖHLINGER T., *Legge sulla Corte costituzionale austriaca*, in Cedeur, Calenzano, 1982.
OLIVETTI M., *La Giustizia costituzionale in Austria (e Cecoslovacchia)*, in (a cura di M. Olivetti, T. Groppi), "La Giustizia costituzionale in Europa", Giuffrè, Milano, 2003.
OLIVITO E., *I poteri istruttori della Corte costituzionale: conoscenza della prassi applicativa della legge o preannuncio di un monito, in anticipo su Strasburgo?*, in *Nomos*, 2/2021.
ONIDA V., *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965.
ONIDA V., *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1967.
ONIDA V., *Problemi e falsi problemi in tema di efficacia temporale delle pronunce di incostituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1988.
ONIDA V., *Considerazioni sul tema*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere" (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè, Milano, 1989.
ONIDA V., *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione", Giuffrè, Milano, 1993.
ONIDA V., *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Rivista AIC*, 3/2013.
ONIDA V., *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?*, in *Rivista AIC*, 1/2016.

ONIDA V., *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 2/2021.

OSSENBÜHL F., *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*, in "Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlass d. 25 jährigen Bestehens d. Bundesverfassungsgericht", Tübingen, Mohr, 1976.

OTTE K., Amicus curiae: *Drittbeteiligung ohne Interventionswirkung auch in Deutschland?*, in *DAJV-NL*, 3/1990.

PACE A., *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto d'agire nei rapporti pendenti*, in AA.VV., "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere" (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè, Milano, 1989.

PADULA C., *A mo' di premessa: realtà e mito nella creatività procedurale della Corte costituzionale*, in (a cura di C. Padula), "Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale"?, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 18.

PADULA C., *Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità",* in *Questione Giustizia*, 2020.

PALADIN L., *Considerazioni preliminari*, in AA.VV., "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere" (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989.

PALICI DI SUNI E., (a cura di E. Palici di Suni), *Una Corte costituzionale per l'Austria*, Giappichelli, Torino, 2013.

PALICI DI SUNI E., *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2016.

PANUNZIO S., *Incostituzionalità "sopravvenuta", incostituzionalità "progressiva" ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost*., 1989.

PANUNZIO S., *Qualche riflessione sulla "elasticità" delle regole procedurali nel processo costituzionale,* in "Giudizio "a quo" e promovimento nel processo costituzionale", Giuffrè, Milano, 1990.

PANZERA C., *Interpretare manipolare combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.

PANZERA C., *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul "divorzio imposto*", in *www.forumcostituzionale.it*, 18 settembre 2015.

PARIS D., *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/208 della Corte costituzionale*, in *www.cortisupremeesalute.it*, 2018.

PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996.

PARODI G. *Commento all'art. 136 della Costituzione*, in (a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti), "Commentario alla Costituzione", UTET, Torino, 2006.

PARUZZO F., *Processo Cappato, tra diritto di morire e reato di aiuto al suicidio: la questione è rimessa alla Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2018.
PASSAGLIA P., *Presentazione*, in "Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità", Corte costituzionale, Servizio studi, Area di diritto comparato, 2017.
PEDRINI F., *Gli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: l'esperienza tedesca*, in www.forumcostituzionale.it, 5 giugno 2015.
PEGORARO L., *I rapporti della Corte costituzionale col legislatore e la sistematica dei modelli di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell'arretrato*, in (a cura di R. Romboli), "La giustizia costituzionale a una svolta (Atti del Seminario di Pisa, 5 maggio 1990), Giappichelli, Torino, 1991.
PELLIZZONE I., *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità:* pars destruens e pars construens *delle pronunce della Corte costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della ratio decidendi del caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020.
PERCHINUNNO F., *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n. 132 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 27/2020.
PERCHINUNNO F., *Prime riflessioni sull'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 22/2021.
PERTICI A., *La Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità della legge elettorale tra attese e sorprese (con qualche indicazione per il legislatore)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 4 febbraio 2014, p. 3.
PESOLE L., *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *Federalismi*, 12/2021.
PICCHI M., *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020.
PIERANDREI F., *Le decisioni degli organi della "giustizia costituzionale"; natura, efficacia, esecuzione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954.
PIERANDREI F., *Validità e invalidità di leggi anteriori alla Costituzione*, in *Giur. it.*, 1949.
PIGNATELLI N., *Le "interazioni" tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Giappichelli, Torino, 2008.
PINARDI R., *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993.
PINARDI R., *La Corte accoglie una questione fondata: verso un nuovo "modello" di risposta giurisprudenziale al protrarsi dell'inerzia legislativa?*, in *Giur. cost.*, 1995.
PINARDI R., *L'*horror *vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Giuffrè, Milano, 2007.
PINARDI R., *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di "incostituzionalità sopravvenuta"?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1 settembre 2015.
PINARDI R., *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio* a quo*: la Corte alla prova dei fatti*, in "La Corte

costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
PINARDI R., *Incostituzionalità "sopravvenuta" vs. manipolazione degli effetti temporali: alcune precisazioni terminologiche concettuali (sent. n. 246/19)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2020.
PINARDI R., *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3/2020.
PINARDI R., *Costituzionalità "a termine" di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in *Consulta Online*, n. 1/2021.
PINARDI R., *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2022.
PINELLI C., *Titano, l'eguaglianza e un nuovo tipo di additiva di principio*, in *Giur. cost.*, 1993
PINO G., *Certezza del diritto e Stato costituzionale*, in (a cura di A. Apostoli, M. Gorlani), "Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto" (Atti del Convegno di Brescia, 24 novembre 2017), Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
PISAPIA M., CHIERCHI C., *Detenzione e libertà di espressione. Riflessioni sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione a mezzo stampa in occasione della pronuncia della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale*, 2020.
PIZZETTI F., ZAGREBELSKY G., *"Non manifesta infondatezza" e "rilevanza" nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1972.
PIZZORUSSO A., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963.
PIZZORUSSO A., *Commento all'articolo 134 Cost.*, in (a cura di G. Branca, A. Pizzorusso), "Commentario alla Costituzione. Garanzie costituzionali", Zanichelli, Bologna, 1981.
PIZZORUSSO A., *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988.
PIZZORUSSO A., *Corte costituzionale: un nuovo tipo di sentenza?*, in *Il Corriere Giuridico*, 1993.
PIZZORUSSO A., *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/1982.
PIZZORUSSO A., *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi*, in "Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale", Giuffrè, Milano, 1990.
PIZZORUSSO A., *Prefazione*, in (a cura di R. Romboli), "La giustizia costituzionale a una svolta (Atti del Seminario di Pisa, 5 maggio 1990), Giappichelli, Torino, 1991.
PIZZORUSSO A., in (a cura di V. Andrioli) "Studi sulla giustizia costituzionale", Giuffrè, Milano, 1992.
POHLE A., *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, Peter Lang, Frankfurt/M, 1979.

POLESE M., *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento*, in *Osservatorio AIC*, 2015.
POLITI F., *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 1997.
POLITI F., *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle 'rime obbligate'? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Diritti Fondamentali*, 1/2020.
PREISER F., *Rechtsaatswidrige Rechtsunsicherheit*, in *DöV*, 1968.
PRISCO S., *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Bio Law Journal*, *Rivista di BioDiritto*, 3/2018.
PUGIOTTO A., *Per un'autentica dialettica alla Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2019.
PUGIOTTO A., *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 3 aprile 2015.
PUGIOTTO A., *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in (a cura di C. Padula), "Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?", Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
PUGIOTTO A., *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2/2020.
PULITANÒ D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13/2017.
PUPPE I., *Zur zeitlich begrenzten Weitergeltung verfassungswidriger Gesetze*, in *DVBl*, 1970.
RAFFIOTTA E., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello stato costituzionale in Europa*, Bononia University Press, Bologna, 2013.
RAGONE G., *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Giappichelli, Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano, 2020.
RAZZANO G., *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Diritti Fondamentali*, 1/2019.
REDENTI E., *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1957.
REPETTO G., *I poteri della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, in "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
REPETTO G., *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione e politica nel prisma del* Bundesverfassungsgericht, in (a cura di G. Repetto, F. Saitto), "Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparata alla luce del caso italiano", Jovene, Napoli, 2020.

RESCIGNO F., *La Giustizia costituzionale in Germania*, in (a cura di M. Olivetti, T. Groppi), “La Giustizia costituzionale in Europa”, Giuffrè, Milano, 2003.
RIDOLA P., *“La Corte si apre all’ascolto della società civile”*, in *Federalismi*, editoriale, 2020
ROBERTI I., *I moniti “a termine” della corte costituzionale e le implicazioni sull’attività legislativa del parlamento*, in *Federalismi*, 17/2021.
RODIO R. G., *Il seguito della sentenza n. 10/2015: verso il giudice a quo quale giudice d’appello (di fatto) sulle decisioni della Corte?*, in *Diritti Fondamentali*, 2015.
ROMAGNOLI M., *The Italian Constitutional Court Opens Up to Hear the Voice of Civil Society*, in *Verfassungsblog*, 2020
ROMANELLI V. M., *L’annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1939.
ROMBOLI R., *La determinazione del* dies a quo *per la decorrenza degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sopravvenuta tra errori materiali e preoccupazioni per le conseguenze finanziarie*, in *Giur. cost.*, 1991.
ROMBOLI R., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1993.
ROMBOLI R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in (a cura di R. Romboli), “Aggiornamenti in tema di processo costituzionale” (1990-1992), Giappichelli, Torino, 1993.
ROMBOLI R., *Il principio generale di equilibrio finanziario nell’attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in AA.VV., “Le sentenze della Corte costituzionale e l’art. 81 u.c., della Costituzione”, Giuffrè, Milano, 1993.
ROMBOLI R., *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in “Studi in onore di Franco Modugno”, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.
ROMBOLI R., *L’“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale* ab origine: *natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *www.forumcostituzionale.it*, 6 aprile 2015.
ROMBOLI R., *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, in *www.romatrepress.uniroma3.it*, 2016.
ROMBOLI R., *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2019.
RÖRIG M.T., *Germania*, in “Le formule elettorali previste per l’elezione del Parlamento europeo”, in *www.cortecostituzionale.it*, 2010.
RÖRIG M. T., *Germania*, in (a cura di P. Passaglia), “Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità”, Corte costituzionale, Servizio studi, Area di diritto comparato, 2014.
RÖRIG M. T., *Austria*, in (a cura d P. Passaglia), “Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità”, Corte costituzionale, Servizio studi, Area di diritto comparato, 2017.

RÖRIG M. T., *Germania*, in (a cura d P. Passaglia), "Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità", Corte costituzionale, Servizio studi, Area di diritto comparato, 2017.

RÖRIG M. T., *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza tedesca e austriaca*, Corte costituzionale, Servizio studi, Area di diritto comparato, 2018.

ROTH W., *Grundlagen und Grenzen von Übergangsverordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen*, in *AÖR*, 1996.

RUGGERI A., *La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi, Nota minima alla sentenza della Consulta n. 178 del 2015*, in *Questione Giustizia*, 2015.

RUGGERI A., Sliding doors *per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015),* in *www.forumcostituzionale.it*, 9 aprile 2015.

RUGGERI A., *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 208 sul caso Cappato)*, in *Giur. cost.*, 2018.

RUGGERI A., *Due questioni e molti interrogativi dopo l'ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *www.forumcostituzionale.it*, 27 maggio 2019.

RUGGERI A., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa* vicenda (a margine di Corte cost. ord. 2017 del *2018)*, in *Consulta Online*, 1/2019.

RUGGERI A., *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consulta Online*, 2/2020.

RUGGERI A., *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannuziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme*, 2020.

RUGGERI A., Vacatio sententiae *alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo "bilanciamento" tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)*, in *Giustizia Insieme*, 2021.

RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019.

RUOTOLO M., *Ambiguità della Corte o arbitro del giudice? Il "seguito" abnorme e contraddittorio della sentenza n. 10 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2015.

RUOTOLO M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, CEDAM, Padova, 2000.

RUOTOLO M., *Oltre le "rime obbligate"*, in *Federalismi*, 3/2021.

RUPP V., BRÜNNECK W., *Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt*, in *AÖR*, 1977.

RUSSO R., *La modulazione temporale nelle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Aracne, Canterano, 2020.

SACHS M., *Alternative Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des BVerfG*, in *DÖV*, 1982.

SACHS M., *Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen? Probleme einer Entscheidungspraxis des BVerfG, dargestellt am Beispiel des Beschlusses zum nordhein-westälischen Hausarbeitstagsgesetz*, in *NVwZ*, 1982.

SACHS M., *Ist es sinnvoll, von Gleichheitssätzen "in Verbindung mit" anderen Vorschriften (insbesondere Freiheitsgrundrechte) zu sprechen*, in (a cura di S. Kempny, P. Reimer), "Gleichheitssatzdogmatik heute", Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

SÄCKER H., *Die Rechtsmacht des Bundesverfasungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber*, in *BayVBl*, 1979.

SAITTA A., *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1996.

SAITTA A., Fiscal compact *tra Costituzione, trattati e politica*, in *Rivista AIC*, 4/2017.

SAJA F., *Introduzione ai lavori del Seminario*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere" (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989.

SAJA F., *L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento*, in *Quaderni Costituzionali*, 1989.

SALAZAR C., *L'art. 119 Cost. tra (in)attuazione e "flessibilizzazione" (in margine a Corte cost., sentt. nn. 16 e 49 del 2004)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2004.

SALERNO G. M., *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *Federalismi*, 10/2015.

SALVATO L., L'amicus curiae *nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il Procuratore Generale della Corte di Cassazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020.

SANDTNER W., *Die abgestufte Nichtigkeit eines Rechtsatzes*, in *BayVBl*, 1969.

SANDULLI A., *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959.

SANGMEISTER B., *Verfassungsrechtliche Grenzen für den iudex distribuens*, in *NVwZ*, 2000.

SCAGLIARINI S., *La Corte tra Robin Hood tax e legislatore senza terra*, in *Consulta Online*, 1/2015.

SCHEFFLER W., ROITH M., *Leitlinien für eine Reform der Grundsteuer*, in *ifst-Schrift*, 2018.

SCHEFFLER W., *Verfassungswidrigkeit der Grundsteuer - wie konnte eine Lösung aussehen?*, in *BB*, *Die erste Seite*, 2018.

SCHENKE W. R., *Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen* Überprüfung, in *NJW*, 1999.

SCHEUNER U., *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, in *DöV*, 1980.

SCHICK W., *Verfassungswidrige, aber "gültige" Steuergesetze?*, in *JZ*, 1969.

SCHLAICH K., KORIOTH S., *Das Bundesverfassungsgericht*, Beck, München, 2015.
SCHLAICH K., KORIOTH S., *Das Bundesverfassungsgericht*, C. F. Beck, München, 2021.
SCHLAICH K., KORIOTH S., *Das Bundesverfassungsgericht*, C. H. Beck, München, 2018.
SCHMITZ H., STAMMLER P., *Mehr Freiheiten für den nationalen Gesetzgeber! Die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG zur zeitlichen Beschränkung von Urteilswirkungen*, in *AöR*, 2011.
SCHNEIDER H. P., *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung*, in *NJW*, 1980.
SCHOCH F., *Der Gleicheitssatz*, in *DVBl*, 1988.
SCHUPPERT G. F., *Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht*, in *AÖR*, 1995.
SCHÜTTE V., *Parteifinanzierung: Die doppelte Wende des Bundesverfassunggerichts und die Folge*, in *Kritische Justiz*, Vol. n. 26, 1/1993.
SCHWENKE M., *Ist eine "Ergreiferprämie" nach österreichischem Vorbild sinnvoll? – Zum Beschluß des BVerfG vom 10.11.1998, 2 BvR 1057/91, 1226/91, 980/91*, in *DStR*, 1999.
SCHWINDT M., *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, Josef Eul Verlag, Lohmar, Köln, 2014.
SEER R., *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, in *NJW*, 1996.
SEER R., *Tritt das Erbschaft-und Schenkungsteuergesetz zum 1.7.2016 wegen Untätigkeit des Gesetzgebers außer Vollzug*?, in *GmbHR*, 2016.
SEER R., *Grundsteuer nach dem Urteil des BverG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, in *BB*, 2018.
SEILER C., *Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9.2.2010*, in *JZ*, 2010.
SEIPL J., WIESE J., *Strafrechtliche Folgen der Verfassungswidrigkeit der Spekulationsbesteuerung*, in *NStZ*, 2004.
SEUFFERT W., *Die Abgrenzung der Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts gegenüber der Gesetzgebung und der Rechtsprechung*, in *NJW*, 1969.
SGROI A., *La perequazione automatica delle pensioni e i vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 2/2015.
SHAPIRO R., *Annotation, Prospective or Retroactive Operation of Overruling Decision*, in *A.L.R.*, 1966.
SICA M., *Graduazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità costituzionale e garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale nella sentenza sulla c.d. Robin Hood Tax*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2015.
SICA S., *Cosa è vivo e cosa è morto della sentenza n. 10 del 2015 a quasi due anni dalla sua pronuncia*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2/2016.

SICARI V., *Nota Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 11 gennaio 2013, n. 110*, in *www.dirittoamministrativo.it*, 2013.

SICCARDI C., *L'ordinanza n. 209 del 2015: un'occasione per riflettere nuovamente sul ruolo delle parti private nel giudizio incidentale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 marzo 2016.

SIEMERS L., WALDENS M.C., INNA D., *Hat der Vorlagebeschluss des BFH zur Verfassungsmäßigkeitdes ErbStG Ankündigungseffekt? Rechtsfolgen des Beschlusses für die Gestaltungspraxis*, in *BB*, 2003.

SILVESTRI G., *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in *Quaderni Costituzionali*, 1989.

SILVESTRI G., *Relazioni e interventi*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione", Giuffrè, Milano, 1993.

SILVESTRI G., *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016.

SILVESTRI G., *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2020.

SÖHN H., *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1974.

SONNTAG N., *Effetti delle decisioni della Corte costituzionale: il caso austriaco*, in (a cura di D. Butturini, M. Nicolini), "Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

SORACE D., TORRICELLI A., *La tutela degli interessi tra Corte costituzionale e Parlamento: le sentenze della Corte che comportano nuove e o maggiori spese*, in (a cura di M. Cammelli), "Le istituzioni nella recessione", il Mulino, Bologna, 1984.

SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Wolkers Kluwers, CEDAM, 2015.

SPADARO A., *Contributo per una ridefinizione della teoria della validità*, in (a cura di R. Romboli), "La giustizia costituzionale a una svolta" (Atti del Seminario di Pisa, 5 maggio 1990), Giappichelli, Torino, 1991.

SPAGNOLI F., *Sull'ordinanza Cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Forum del Gruppo di Pisa*, 2019.

SPAGNOLI U., *I problemi della Corte. Appunti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996.

SPERTI A., *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, in "Liber Amicorum per Pasquale Costanzo", *Consulta Online*, 2020.

STAFF I., *Aspekte von Kontinuität und Diskontinuität nationalsozialistischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in (a cura di F. Lanchester, I. Staff), "Lo Stato di diritto democratico dopo il fascismo ed il nazionalsocialismo. Demokratische Rechtstaatlichkeit nach Ende von Faschismus und Nationalsozialismus", Giuffrè, Milano/Nomos, Baden-Baden, 1999.

STAHL C., *Das Argument der Finanz – und Haushaltsplanung nach dem Erbschaftsteuerbeschluss vom 7. November 2006*, in *DÖV*, 2008.

STAIANO S., *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in *www.federalismi.it*, 3/2021.

STAMPANONI BASSI G., *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. sollevata dalla Corte di Assise di Milano nel processo a Marco Cappato*, in *Giurisprudenza Penale*, 2018.

STARCK C., *BVerfG, 25.9.1992 - 2 BvL 5,8 und 14/191. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der staatlichen Besteuerungsgewalt*, in *JZ*, 6, 1993.

STEELE K. D., *Prospective Overruling and the Judicial Role After "James B. Beam Co. v. Georgia"*, in *Vanderbilt Law Review*, 1992.

STEINBEIS M., *Sicherungsverwahrung: Abschied von der Normenpyramide*, in *Verfassungsblog.de*, 2011.

STEINBERG R., *Verfassungsgerichtliche Kontrolle der "Nachbesserungspflicht" des Gesetzgebers*, in "Der Staat", 26, 1987.

STERN K., *Das Bundesverfassungsgericht und die sog. konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Absatz 1 GG*, in *AÖR*, 1966.

STETTNER R., *Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneuten Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose*, in *DVBl*, 1982.

STEVENATO A., *Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 3/2018.

STOY-SCHNELL U., *Das Bundesverfassungsgericht und die Corte costituzionale*, Frankfurt am Main, 1988.

STUFFERT W., *Die Abgrenzung der Tätigkeit des Bundsverfassungsgerichts gegenüber der Gesetzgebung und der Rechtsprechung*, in *NJW*, 1969.

TANI C., *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale*, in *www.lacostituzione.info*, 2020.

TAVERRITI S. B., *Norme esimenti e aiuto al suicidio: dalle rime liberate alla metrica della dommatica*, in *Legislazione penale*, 2021.

TEGA D., *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a* felix culpa*, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema Penale*, 2/2021.

TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario*, Utet Giuridica, Torino, 2012.

THIMMESCH A. B., SHANSKE D., GAMAGE D., *Wayfair and the Retroactivity of Constitutional Holdings*, in *State Tax Notes*, May 7, 2018.

TOMASI L., *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Sistema Penale*, 2021.

TROISI M., *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in (a cura di M. D'Amico, F. Biondi), "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

TROISI M., *Incidentalità e giudici* a quibus, in (a cura di G. Campanelli, G. Famiglietti, R. Romboli), "Il sistema 'accentrato' di costituzionalità. Atti del Seminario annuale dell'Associazione 'Gruppo di Pisa'", Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

TROISI M., *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
TROPEA G., *La Consulta salva il "Re Pallido" nell'annosa vicenda delle cd. Poer (posizioni organizzative a elevata responsabilità) presso l'Agenzia delle Entrate*, in *Osservatorio AIC*, 6/2020.
VERONESI P., *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in *www.forumcostituzionale.it*, 3 aprile 2015.
VERSTRAELEN S., *The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity*, in *German Law Journal*, Vol. 14, n. 9, 2013.
VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2017.
VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021.
VIVALDI E., *Il fondo nazionale per le politiche sociali alla prova della Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2005.
VOLTERRA S., *La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni con particolare riguardo agli Stati Uniti,* in (a cura di U. De Siervo), "Scelte della Costituente e cultura giuridica", Vol. I, Costituzione italiana e modelli stranieri, il Mulino, Bologna, 1980.
VON BOGDANDY A., PARIS D., *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra Corte costituzionale e il* Bundesverfassungsgericht, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2020.
VON OLSHAUSEN H., *Die Wirksamkeit des Gesetzes und der Geltungsanspruch der Verfassung*, in *JZ*, 1967.
VOZZA A., BIELLI S., *Rimborso della Robin Tax: la norma incostituzionale non si applica ai rapporti "non esauriti"*, in *GT – Riv. giur. trib*., 6/2018.
VUOLO A., L'amicus curiae, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2021.
WARTENBERG R.L., *Qual è l'efficacia della legge incostituzionale prima della dichiarazione d'incostituzionalità per opera delle Corti costituzionali?*, in (a cura di D. Butturini, M. Niccolini), "Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità, Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato", Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2014.
WEIßAUER W., HESSELBERGER D., *Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Normen*, in *DÖV*, 1970.
WERNSMANN R., *Das gleichheitswidrige Steuergesetz - Rechtsfolgen und Rechtsschutz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.
WIEMERS M., *Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, Urteil vom 10.04.2018 (1 BvL 11/14) - Zur Verfassungswidrigkeit der Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer*, in *NVwZ*, 2018.
WISCHERMANN N., *Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1979.
WOLLENSCHLÄGER F., *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, Mohr Siebeck, Heidelberg, 2018.

WOLLENSCHLÄGER F., *Kommentar zum Grundgesetz*, C. H. Beck, München, 2018.

WOODCOCK H. J., *Un giudizio sull'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale che mette in luce, oltre ai profili positivi, alcuni rischi. Uno fra tutti: quello di far rientrare dalla finestra ciò che è uscito dalla porta*, in *Questione Giustizia*, 2021.

YANG T.H., *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Nomos, Baden-Baden, 2003.

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988.

ZAGREBELSKY G., (voce) *Processo costituzionale*, in "Enciclopedia del diritto", Giuffrè, Milano, 1989.

ZAGREBELSKY G., *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere" (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè, Milano, 1989.

ZAGREBELSKY G., *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in "Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione", Giuffrè, Milano, 1993.

ZANON N., *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017.

ZANON N., *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in (a cura di M. D'Amico, F. Biondi), "La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni", Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

ZANON N., *Su alcune questioni e tendenze attuali intorno alla motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, tra forma e sostanza*, in (a cura di M. Losana, V. Marcenò), "Come decide la Corte dinanzi a questioni 'tecniche'. Incontri sulla giurisprudenza costituzionale", Torino, marzo-giugno 2019, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Università degli Studi di Torino, 2020.

ZANON N., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, 3/2021.

ZUCK R., *Amicus curiae - der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG*, in *NVwZ*, 2016.

Il fattore "tempo" nella giustizia costituzionale

Il volume indaga il tema della gestione del fattore "tempo" nel contesto della giustizia costituzionale sotto l'angolo prospettico della modulazione degli effetti nel tempo della declaratoria di incostituzionalità e della tecnica del rinvio al legislatore. L'analisi si intreccia con lo studio dell'esperienza tedesca delle decisioni di incompatibilità, che permettono al Tribunale costituzionale federale tedesco di dichiarare la (sola) incompatibilità di una norma e, contestualmente, di ordinare al legislatore di intervenire per rimuovere il vizio di legittimità costituzionale. L'approfondimento di tale tipologia decisionale permette di porre in evidenza alcuni aspetti di rilievo in merito al governo degli effetti della declaratoria di incostituzionalità e alla tecnica decisionale dell'incostituzionalità "prospettata" nella giustizia costituzionale italiana.

Nannerel Fiano è ricercatrice in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano. I suoi studi interessano la giustizia costituzionale (anche in chiave comparata con la Germania) e, di recente, si sono estesi al tema dei diritti e delle libertà fondamentali nell'ambito del diritto costituzionale.

Edizione fuori commercio